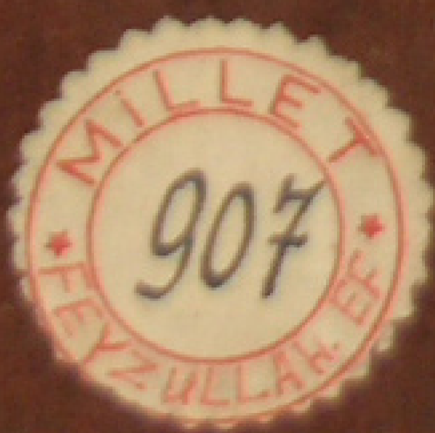

MİLLET
907
FEYZULLAH EF.



الثاني من الحدّاد الدهلوي

٩٠٧

الثالثة من المجلدات الدهلوية

يا كبيكج

عدد اوراق
٣٦٠

٣٧١

الثاني من خداداد الدهلوي شرح الهداية
رحمه الله تعالى





مرتكب العفو السيد وطلب العفو
السلطنة العلية العثمانية
علي عفي عنه

المجلد الثاني من شرح الهداية لخداداد الدهلوي وهو الله داد من علماء الهند
نشأ من بلدة جانبور من بلاد الهند وقرأ على الفاضل الهندي
شارح الكافية وله حاشية على شرح استاذه مات
سنة سبعين وثمانمائة
رحمه الله

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

البيع مأخوذ من مد الباع سمي بيعا لان كل واحد من المتعاقدين بعد البيع يمد باعه الى صاحبه
وهو عبارة عن مبادلة المال بالمال بالتراضي كذا قيل في التعريف واعترض بانه ان كان
تعريف البيع يرد على عكسه بيع المكره لانعدام التراضي فيه وان كان تعريفا للبيع الصحيح الجائز
شرعا يرد على طرده سائر البيوع الفاسدة سوى بيع المكره لصدق التعريف عليه وجوابه
انه تعريف للبيع الجائز حقا لان الجواز لحقه يدور مع المراضاة وجودا وعدما اما الجواز
لحق الشرع فلا يدور معها لان البيع قد يجوز في حقه مع عدم المراضاة كبيع المكره فانه جائز
في حق الشرع وانما الفساد لحق العبد حتى لو رضي المكره ينقلب جائزا ولو تداولته الايدي
لا ينقطع حق المكره في الاسترداد باعتبار تعلق حق العبد ولو كان الفساد لحق الشرع لكان الامر
بالعكس وقد لا يجوز البيع في حق الشرع مع مراضاة المتعاقدين كالربوا وغيره من البيوع الفاسدة
ولو قيل ان البيع قد يصح في حق العبد بدون التراضي ايضا كما اصابه مخمصة فبذل له انسان طعاما
بثمن المثل لزمه الشراء وان لم يرض به فجوابه ان صاحب المخمصة متعنت في امتناع القبول لانه تعين
مدفعا للهلاكة فيرد امتناعه ويجعل راضيا حكما او نقول انه قيل بالتراضي احترازا عما اذا كان احد
المتعاقدين مكرها وانما احترز عن الاكراه لكونه مفسدا للعقد فيكون احترازا عن سائر المفسدات
دلالة وصار كانه قال البيع مبادلة المال بالمال الخالية عن كل واحد من المفسدات فيكون
تعريفا للبيع الصحيح لان كل مبادلة خالية عن كل واحد من المفسدات فهو بيع صحيح وكل
مبادلة لم تكن خالية عن كل واحد من المفسدات فهو بيع فاسد او نقول انه تعريف للبيع التام
صحيحا كان او فاسدا اذ البيع انما يتم بالتراضي اشار اليه في خيار الشرط عند قوله وخيار البائع
يمنع خروج المبيع عن ملكه حيث قال لان تمام هذا السبب بالمراضاة فان قلت بيع المكره
تام حتى يفيد الملك عند علمائنا الثلاثة ولا مراضاة قلت جوابه سيأتيك في باب خيار
الشرط ان شاء الله تعالى قوله لان البيع انشاء تصرف الخ تمسك بالاجماع فانهم اجمعوا على
انعقاد الشيء بما وضع له او استعمل فيه والموضوع اخبار عن الماضي قد استعمل في الانشاء شرعا لتقتضيه
للحاجة فالانسان يحتاج الى انشاء هذا التصرف ولم يوجد في اللغة ما يتمكن به من انشائه والموضوع
للاخبار عن الماضي اليق بالنقل الى الانشاء لان الوجود حق لازم له والانشاء هو تحقيق الوجود
فثبت به انشاء البيع وهو المطلوب ثم انه دليل على انعقاده بلفظي الماضي لا على النفي المفهوم

من قوله

من قوله اذا كانا بلفظ الماضي لان الموضوع للمستقبل ايضا يستعمل في الانشاء غير ان استعمال
الماضي في الانشاء اكثر من استعمال المضارع فيه الا يرى ان النكاح ينعقد بلفظ المستقبل
منك او يقول تزوجك فقالت قبلت او تزوجت وهو تصرف انشائي كالبيع بل البيع
ايضا ينعقد بلفظ المضارع عند نية الحال كما ذكر الشارح نقلا عن شرح الطحاوي وتحفة الفقهاء
واما الدليل على عدم الانعقاد بلفظ المستقبل مثل ان يقول احدهما ابيعك والآخر يقول
اشتريت او يقول بعني فيقول المالك بعت او يقول البائع بع فيقول المأمور بعت
مني فلان الاول يحتمل المواعدة والثاني يحتمل المساومة بخلاف النكاح فانه ينعقد به لانه لا يخلو
عن تقدم خطبة وهو يدل على ان المراد به الحال اما البيع فيقع بغتة فيحمل قوله ابيعك على المواعدة
وقوله بعني على المساومة واما الثالث فلان الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع وفي النكاح يتولاه
لما مر او نقول معناه ان البيع تصرف انشائي وان شاكل تصرف يعرف الا بالشرع اذ لا طريق
اليه من قبل اللغة لانه لم يوجد في اللغة لفظ يثبت موجبه يتلفظ به والبيع تصرف لم يعرف
انشاؤه في الشرع الا بلفظي الماضي فلا ينعقد الا بهما وعلى هذا يصلح دليلا على النفي المفهوم
ايضا وفيه بحث اذ الرواية منصوصة انه اذا كتب بعني عبدك بكذا فلما بلغ اليه الكتاب قال
بعت تم البيع لان بعني عن الغائب لا يحتمل المساومة فالبيع ينعقد بلفظين احدهما لفظ
المستقبل فلا وجه لقوله والبيع تصرف لم يعرف انشاؤه في الشرع الا بلفظي الماضي واجيب
بان بعني من الغائب لما لم يحتمل المساومة قام مقام اشتريت وكان الانعقاد بلفظ الماضي
معنى قوله والموضوع للاخبار اي عن الماضي قد استعمل فيه اي في الانشاء وانما خص بلفظ
الماضي لانه يستدعي سبق المخبر به ليكون الكلام صحيحا عقلا وحكمة فكان الوجود حقا له بمقتضى
الحكمة فاذا قصد الانشاء اختير اللفظ الذي لزمه الوجود وهو لفظ الاخبار عن الماضي كذا في
الكافي وكانه اراد الاختصاص الغالبي الادعائي والا فالموضوع للاخبار عن الحال والاسمية
قد استعمل في الانشاء ايضا حتى لا ينعقد النكاح بانا زوجك بكذا والطلاق بانت طالق
وهما تصرفان انشائيان بل البيع ايضا ينعقد بالمضارع عند نية الحال كما ذكره الشارح فلله در
المصنف مع اطلق الموضوع للاخبار ولم يقل بقوله عن الماضي كلام المص مع تصريح بان
الكلام الجزئي مستعمل في الانشاء كانه نقل من الاخبار الى الانشاء شرعا ونص الامام فخر الاسلام
مع انه باق على معناه الخبري وثبوت التصرفات بطريق الاقتضاء على ما عرف تحقيقه مع ما فيه
من الاشكالات وحلها فان رغبت فعليك بمطالعة شرحنا للبزدوي قوله ولا ينعقد
بلفظين احدهما لفظ المستقبل نحو ان يقول البائع ابيع او المشتري اشتري لان الصيغة
مترددة بين الحال والاستقبال والبيع ينعقد فجاءة ولا دلالة على الحال فلا يتعين للحال بخلاف
النكاح لانه لا يخلو عن تقدم خطبة وهي تدل على ان المراد الحال كذا قيل والاوجه ان يقال في نظير

لفظين احدهما لفظ المستقبل نحو ان يقول احدهما بعني فيقول الاخر بعت لان الفرق الذي مر في
النكاح من ان الواحد يتولى طرفي العقد دون البيع انما يتأتى اذا انعقد النكاح فيما اذا قالت زوجني
من نفسك فيقول هو زوجت ولا ينعقد البيع اذا قال بعني فيقول بعت اما الفرق الذي
ذكر بين انعقاد النكاح بلفظ المضارع نحو اتزوجك دون البيع نحو ابيعك فهو ليس بفرق مذكور
في الكتاب في النكاح مع انه لا يخلو عن بحث في غير موضع من التصريح بان المضارع حقيقة في الحال
مجاز في الاستقبال حتى يستعمل فيه من غير قرينة والاستقبال يحتاج اليها الا يرى انه لو قال كل مملوك
املكه حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر عتق المملوك دون المشترى لان الصيغة حقيقة للحال
مجاز في الاستقبال كذا ذكر في كتاب العتق ولما كان صيغة المضارع للحال حقيقة وجب ان ينعقد
به البيع بلا نية وقرينة لعدم احتياج الحقيقة اليها ثم لا يقال انعقد النكاح فيما اذا قالت زوجني
من نفسك فقال زوجتك انما هو بقوله زوجتك لقيامه مقام زوجت وتزوجت اذ الواحد
انما يتولى طرفي النكاح اذ لو كان الانعقاد بلفظ تزوجت فقط فلو انعقد البيع فيما اذا قال بعني
فيقول بعت لكان الانعقاد بلفظ بعت القائم مقام الايجاب والقبول فكان الانعقاد
بلفظين ماضيين حكما فلا يصلح ذلك تمثيلا للانعقاد بلفظين احدهما لفظ المستقبل لانا نقول
الانعقاد وان كان بلفظ بعت وتزوجت ولكن قيامه مقام الايجاب والقبول وان كان بلفظ
بعت وتزوجت ولكن قيامه مقام الايجاب والقبول انما هو لقوله بعني او زوجني فجاز ان يضاف
الانعقاد الى لفظ الامر الذي هو الاستقبال فيصلح نظيرا له والله اعلم قوله والمعنى هو المعتبر قلت
فح كانت الهبة بشرط العوض بيعا من كل وجه كالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة من كل وجه والحوالة بعدم
براءة المحيل من كل وجه ولئن قلت اعتبار المعنى وان كان يوجب ان يكون بيعا فاعتبار اللفظ يوجب
ان يكون هبة والعمل بهما ممكن بان يجعل هبة ابتداء حتى يشترط التقابض لثبوت الملك وبيعا انتهاء
حتى يجري فيه الشفعة لو كان الموهوب عقارا قلنا فيجب ان يكون نحو وهبتك بكذا واعطيتك بكذا
ايضا هبة ابتداء اللفظ وبيعا انتهاء للمعنى وانه بيع اجماعا وانما يكون هبة ابتداء اذا قال بكلمة على
وزن الباء نحو وهبتك كذا او اعطيتك كذا على ان تعطيني كذا او بشرط ان تعطيني كذا الان يقال ليس
معنى كونه هبة لفظا ان يذكر فيه ما هو موضوع للهبة من قوله وهبتك واعطيتك بل معناه ان لا
يكون اللفظ دالا على المقابلة والمبادلة وقولنا وهبتك كذا دال على المقابلة لفظا بخلاف وهبتك
على ان تهبني وتعطيني او بشرط ان تهبني او تعطيني كذا فانه هبة لفظا لا تعرض فيه للمقابلة وان كان
بيعا معنى فاعتبر اللفظ والمعنى عند الامكان قوله في هذه العقود كانه احتراز عما يجب فيه مراعاة
اللفظ كالشهادة وانه لا يصح الا بلفظ الشهادة حتى لو ذكر ما يؤدي معناها بان يقول اخبر
عن معاينة لا يقبل لان في لفظه من الوكالة ما ليس في غيره من الالفاظ وكذا عقد المعاوضة
لا ينعقد الا بلفظ قارضت لان غيره لا يؤدي معناه قوله وللموجب ان يرجع بخبره عن ابطا

في الغير

في الغير وقد يقال خبره عن حق الغير لا يقتضي صحة الرجوع لجواز ان لا يصح الرجوع مع عدم تعلق حق الغير
كما في تعليق الطلاق والعتاق وكذا تعلق حق الغير في تمنع صحة الرجوع كما في الهبة قوله والكتاب
كالخطاب يشكل بانه اذا قال للحاضر بعني كذا فقال بعت لا ينعقد بيعا ما لم يقل قبلته فاما اذا كتب
لغائب بعني كذا فلما وصل اليه الكتاب قال بعت ينعقد فقد افترق الخطاب مع الكتاب في هذه
المسئلة والله اعلم وكانه اراد التشبيه في حق اعتبار المجلس لا في جميع الوجوه حتى يرد ما ذكر بل عليه
قوله حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب قوله وكذا الارسال حتى يعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء
الرسالة هذا يخالف ما ذكر في الذخيرة حيث قال قال محمد رحمه الله في الاصل اذا كتب اليها يخطبها
فزوجت نفسها منه كان صحيحا والاصل في ذلك ان الكتاب من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر
وقد صح ان النبي صلعم كتب الى النجاشي يخطب ام حبيبة فزوجها النجاشي منه الا ان الكتاب مع
الخطاب من الحاضر يفترقان من وجه فان الحاضر اذا خطبها فلم تجب في مجلس الخطاب وانما اجابت
في مجلس آخر لا يصح النكاح واذا بلغها الكتاب وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في ذلك
المجلس وانما زوجت نفسها منه في مجلس آخر بين يدي الشهود وقد سمع الشهود كلامها وما
في الكتاب يجوز النكاح هذا كلامه والله اعلم قوله الا اذا بين كل واحد بان يقول بعتك هذين
العبدين هذا بمائة وهذا بمائتين له ان يقبل ايهما شاء لان التفصيل الذي ذكر غير حكم الايجاب السابق
فصار مفردا لكل واحد بايجاب على حدة فللمشتري قبول ايهما شاء قلت هكذا ذكر في بعض المواضع
وذكر في الزيادات انها صفقة واحدة قيل الاول قياس والثاني استحسان وقيل الاول قياس
قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله والثاني قول ابي حنيفة رحمه الله ولو كرر لفظ البيع كانت الصفقة
متفرقة بالاتفاق كذا في الشاهان قلت ذكر التمرتاشي رحمه الله محالا الى الجامع فقال اذا اتحد العاقد
والثمن متحد الصفقة وكذا لو تعدد العاقد واتحد الباقي لان ما يوجب الاتحاد راجح وهو العقد والثمن
وكذا لو تعدد الثمن واتحد العاقد والعقد وان تفرقت الثلاثة تتفرق الصفقة وكذا لو تفرق العقد
واتحد العاقد وان اتحد العقد وتفرق العاقد والثمن فقد ذكر في بعض المواضع تتفرق الصفقة لرجحان
حيثية التفرق وفي بعضها لا يتفرق قيل الاول قياس وهو قولهما والثاني استحسان وهو
قول ابي حنيفة وهكذا ذكر في الذخيرة والمحيط فهذا يدل على ان القياس والاستحسان انما هو فيما
اذا تفرق العاقد والثمن وما ذكر في الشاهان يدل على ان القياس والاستحسان فيما اذا
تفرق الثمن واتحد العاقد والعقد والله اعلم ثم قد يحتاج الى الفرق على رواية الزيادات بين البيع
والرهن من حيث ان الراهن ان سمى لكل واحد شيئا من المال الذي رهنه بان قال رهنتك
هذين العبدين كل واحد بخمسمائة وسلمهما اليه ثم نقد خمسمائة درهم وقال اديت عن هذا العبد
واراد ان يأخذه فله ان يقبضه فالرهن يتفرق بتفريق المال والبيع لا يتفرق بتفريق الثمن على رواية
الزيادات والفرق ان ضم الجيد الى الردي متعارف في البيع غير متعارف في الرهن فلو تفرق

الرهن بتفريق التسمية لا يتفرق به الرهن فكان البيع اذا جمع بينهما او تفرقت الصفقة فيه تصير
الثانية شرطا في الاول وهو شرط فاسد والبيع يفسد به اما الرهن فلا يفسد به لانه تبرع كالهبة
كذا ذكر في الكافي في الرهن ثم ذكر المصنف هنا من ان تفريق التسمية يوجب تفرق العقد
يشكل بما اذا اوصى لواحد كبكر مثلا بان ينفق عليه كل شهر كذا ما عاش واوصى لزيد بثلث ماله واجيز
تقسم على ستة اسهم سهم للموصى له بالثلث ويوقف خمسة للاخر ينفق عليه كل شهر ما عاش عند
ابي حنيفة لان الموصى له الاول كالموصى له بكل المال فيكون الثلثان بلا منازعة ويبقى الثلث بينهما
وان لم يجيزوا قسم الثلث بينهما نصفين له عنده لان الوصية معه وقعت باكثر من الثلث فرد الى
الثلث عنده لانه المحل وعندهما ان اجازوا قسم الى ربعة والا قسم الثلث على ربعة لما عرف
وان مات كمل ثلث لزيد لان النقصان بالمزاحمة وقد زالت وان اوصى لابنين بان ينفق عليهما
كل شهر عشرة ما عاش وزاد فقال على فلان خمسة وعلى فلان خمسة وثلثه لزيد فهما كواحد
فيقسم عند الاجازة على ستة عنده وعلى ربعة عندهما وعند عدم الاجازة ارباعا عندهما ونصفين
عنده لان الوصية واحدة لا تختلف باختلاف عدد الموصى له ولو كرر لفظ الوصية فكل موصى له
بالكل وقسم على تسعة في الكل وعلى ثلاثة في الثلث اي لو قال وصيت لفلان بثلث مالي و
اوصيت لفلان بان ينفق عليه خمسة دراهم كل شهر ما عاش واوصيت لفلان بان ينفق عليه
خمسة دراهم كل شهر ما عاش فان اجازت الورثة قسم المال على تسعة عند ابي حنيفة رض للموصى له
بالثلث سهم ولكل واحد اربعة وعندهما يقسم بينهم بطريق العول كذا في الكافي في متفرقات
الوصايا فلو كان بيان ثمن كل واحد بمنزلة صفقة لكان بيان نصيب كل واحد من الموصى لهما فيما اذا اوصى
لابنين بان ينفق عليهما كل شهر عشرة على فلان خمسة وعلى فلان خمسة بمنزلة وصية على حدة وليس
فليس وجوب بهذا الاشكال يخرج مما سنذكر في مسئلة بيع الصبرة كل قفيز بدرهم ان التفصيل
انما يعتبر اذا كان حكمه يغاير حكم الاجمال والا فلا والتفصيل في مسئلة الوصية لا يغير حكم الايجاب فهو
والاجمال بمنزلة بخلاف البيع فان التفصيل فيه معتبر حكم الايجاب السابق البتة فانه لو لم يكن تفصيل
الثمن لكان منقسما عليهما بقدر قيمتهما فكان معتبرا مطلقا وايضا اشار المصنف قبل باب الرهن
الذي يوضع في يد العدول وفي المسائل المتفرقة في باب الشفعة الى ان تفرق الثمن لا يوجب تفرق
العقد فيصح من ذلك تصحيح كتابه فقوله الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى مشكل ولو ادرج
هنا تكرار لفظ البيع كما قيل ويكون المعنى اذا بين ثمن كل واحد وكرر لفظ البيع لصار قوله معنى
لتفرق الصفقتين صح صورة ومعنى قوله وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب
قلت هذا يخالف ما ذكر في الكافي في باب سجدة التلاوة حيث قال ولا يختلف اي المجلس
بمجرد القيام لان صاحب المجلس يقوم مرة ويقعد اخرى ولا يتبدل مكانه ولو باع وهو قاعد فقام
فقبل المشتري صح قوله ولو تبدل المجلس بالقيام لما صح قبوله بهذا اللفظ وهكذا ذكر شيخ الاسلام

في شرح

في شرح الجامع انه لو باع وهو قاعد فقام البايع الا انه لم يذهب عن مكانه حتى قبل المشتري
صح قبوله ولكن ذكر في عامة المواضع انه لو قال بعتك هذا الاخر ثم قام احدهما عن المجلس ثم قبل
الاخر لا يصح قوله وهذا هو الصحيح لان القيام ان كان لا يتبدل به المجلس فهو دليل الاعراض حتى
يبطل الايجاب ايضا اذ التمليكات تبطل بصريح الرجوع ودلالته قوله لان القيام دليل
الاعراض فان قلت لو قبل بعد القيام ينبغي ان ينعقد اذ لا اعتبار للدلالة مع وجود التصريح بخلافه
قلت هذا اذا تعارضا اما اذا عملت الدلالة عملها فلا معتبر بالصريح فان قلت هذا لا يستقيم
في حق الموجب لانه وجد الصريح منه قبل الدلالة قلت بان ما صرح به الموجب لا يوجب عدم الرجوع
بعد ذلك بل هو ساكت عنه وذلك انه لا معارضة بين مثبت البيع والرجوع عنه لانه لا يتعرض له
لا نفيا ولا اثباتا فكيف يعارضه قوله الا من عيب وعدم رؤية قلت وقد ثبت الخيار لعدم
العلم بقدر المبيع ايضا كما سيأتي في مسئلة بيع الصبرة كل قفيز بدرهم ففي الحصر نظر الا ان يراد
بقوله من عيب وعدم رؤية ما يفوت به تمام الرضا فيتناول عدم العلم بقدر المبيع ايضا او
يلحق عدم العلم بحال البيع بعدم رؤيته قوله ولنا ان في الفسخ ابطال حق الغير فان قلت حق
الغير انما لم يجز ابطاله اذا تعلق حقه بصفة اللزوم وذلك غير مسلم بل هو اول المسئلة وعين النزاع
اجيب بان قوله تعالى لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم يدل على جواز التصرف
بعد التجارة عن تراض ولا يخفى انه متى حصل الايجاب والقبول من غير شرط خيار ونحوه فقد
حصلت التجارة عن تراض فيجوز له التصرف في المبيع وما ذلك الا بلزوم العقد فدل على تعلق
حق الغير بصفة اللزوم بمجرد العقد مع التراضي ولا يحتاج الى شيء آخر فمن شرط المفارقة بالابدان
فقد زاد على الكتاب بخبر الواحد ومتى تعلق حق الغير على وجه اللزوم باشارة النص امتنع الفسخ لما فيه
من ابطال حق الغير بغير رضاه وذلك باطل اجماعا وفيه نظر لان الآية ان اقتضت حل التصرف
بمجرد تحقق التجارة عن تراض باعتبار ان الاشياء عن الحظر اباحة فحله لا يوجب لزوم العقد
الا يرى ان التصرف مع خيار الشرط والرؤية والعيب جايز مع انه لا يلزم مع هذه الخيارات
نعم انه يصير لازما بعد التصرف لانه دليل الاختيار اما مجرد جوازه فلا يدل على لزومه الا ان يقال
ان الشافعي رح كانه اثبت خيار المجلس باعتبار ان ساعاته كساعة واحدة فكان الحال
بعد الايجاب والقبول كالحال بعد الايجاب قبل القبول لان جميع ازمنتها لما كانت كزمان
واحد كان العاقدان ما دام المجلس كانهما يشتغلان بالبيع ولم يفرغا عنه بعد انما يفرغان عنه
بعد انتهاء المجلس بعد الايجاب والقبول فلا يكون ما بعد القبول في حكم ما قبله فتكون الآية حجة
عليه بهذا الطريق الذي بينا والله اعلم وايضا التصرف انما يمتنع عند عدم اللزوم اذا كان عدم
اللزوم في حق غير المتصرف اما اذا كان في حق المتصرف فقط بحيث لو اقدم على التصرف كان دلالة
الالتزام كما في خيار العيب والرؤية فذا لا يمنع التصرف وفيما نحن فيه عدم اللزوم ثابت في حق

كل من المتبايعين فلا يجوز التصرف لواحد منهما لما فيه من ابطال حق الفسخ للآخر وقد ثبت
بالنص جواز التصرف بعد تمام التراضي لكل واحد من المتبايعين لانه دليل اللزوم في حق كل واحد منهما
قوله والحديث محمول على خيار القبول فان قلت فيه روايات اخر ترد بهذا الحمل منها قوله عم
المتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا الا بيع الخيار اي لا بيع بينهما قبل التصرف الا بيع فيه الخيار
ومنها البيعان بالخيار ما لم يتفرقا اي الخيار قبل التفرق او يقول احدهما لصاحبه اختر بعد تمام البيع
فانه يثبت الخيار حتى كان له الامضاء والفسخ او يقول احدهما لصاحبه اختر وربما قال او يكون
بيع خيار ومنها قوله عليه السلام اذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا او يخير
احدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع ومنها اذا تبايع المتبايعان بالبيع فكل واحد منهما
بالخيار من بيعه ما لم يتفرقا قال او يكون بيعهما عن خيار فاذا كان بيعهما عن خيار فقد وجب البيع و
منها كل بيعين لا بيع بينهما ما لم يتفرقا الا بيع الخيار اجيب بانا قد ذكرنا ان النص وهو قوله تعالى الا ان
تكون تجارة عن تراض ناطق بلزوم البيع بمجرد العقد مع التراضي فكان اشتراط المفارقة بهذه الاحاديث
زيادة على النص بخبر الواحد وانه لا يجوز غير ان بعض روايات الحديث يحتمل التأويل وان كان بعيدا
فاولناه عملا بالخبر بقدر الامكان وما لا يمكن التاويل فيه تركناه بالكتاب فظهر ان التعليل بقوله
ولنا الخ تعليق موافق لنص الكتاب فكان في غاية السداد فان قلت ما معنى قوله محمول او يحتمله
قلت كان قوله محمول معارضة لما قال الشافعي رح ان الحديث محمول على افتراق الابدان حمل عليه
ابن عمر رضي الله عنهما فعارضه بانه محمول على تفرق الاقوال حمله ابراهيم رض وقوله او يحتمل جواب عن
قطع النظر الى حمل السلف اي الحديث يحتمله فيحمل عليه عند قيام الدليل وتاويل الصحابي لا يمنع تاويلا
اخر من غيره او معناه ان الحديث محمول على خيار القبول لدلالة كاينة فيه وهو قوله المتبايعان
فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها ولو قطعنا النظر عن تلك الدلالة فهو محتمله فيحمل عليه
بالمقدمة الاجماعية وهو ان ابطال حق الغير لا برضاه باطل وقوله محتمله اشارة الى جواب ما يقال
انه حكى ابو عمر الزاهد ان ابا موسى النحوي سال ابا العباس احمد بن يحيى هل بين يفترقان ويتفارقان
فرق فقال نعم اخبرنا ابن الاعرابي عن المفضل قال يفترقان بالكلام ويتفارقان بالابدان
فاجاب بانا ان سلمنا ان يتفارقان في الابدان فلا شك انه يحتمل التفرق في الاقوال فيحمله عليه
عند تعذر حمله على حقيقته قوله فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها الا مجازا والحقيقة
احق فان قلت اليس يلزم المجاز في يتفرقا عند الحمل على خيار القبول قلت نعم ولكن في الاسناد
الى المتبايعين لا في لفظ المتبايعين والمجاز في الاسناد اهون منه في اللفظ على ان المجاز في
نسبة التفرق اليهما تعين بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض وبالمقدمة الاجماعية
وهو ان ابطال حق الغير بغير رضاه باطل وفي خيار المجلس ذلك قوله والتفرق تفرق الاقوال م
فان قلت جاز ان يحمل على تفرق الابدان مع الحمل على خيار القبول فانه اذا قال بعت فالآخر

بالخيار

بالخيار ما لم يتفرق احدهما عن الآخر وتفرق الابدان هو الحقيقة وهي الاحق عند الامكان اجيب بان
الخيار غير ممتد الى تفرق الابدان عندنا حتى انه ينتهي بالقيام عن المجلس او بالذهاب عنه ولو كان ممتدا
اليه لبقي اذا قاما واخذا يمشيان الى جهة واحدة كما في الصرف وليس كذلك بل القيام عن المجلس
دليل الاعراض فينقطع الخيار به او بالذهاب عن المجلس وان لم يتفرق ابدانهما لا يقال امكن ان يراد
التفرق بالابدان اعم من ان يكون حقيقة او حكما كما اذا اريد بتفرق الاقوال ذلك حتى ينتهي الخيار بالقيام
وان لم يتفرق الاقوال حقيقة لانا نقول القيام عن المجلس والذهاب لم يعتبر في حكم تفرق الابدان حتى
لا يبطل به الصرف والسلم ولو سلم لا وجه يجعل القيام او الذهاب في حكم تفرق الابدان سواء انه دليل
الاعراض كالتفرق البدني فيكون الغاية الذي ينقضي به الخيار وهو الاعراض معنى كانه قيل هما بالخيار
ما لم يوجد الاعراض والخيار كما ينتهي بالاعراض ينتهي بالامضاء ايضا فلا وجه لتعرض احد نوعي
الغاية دون الاخرى اما تفرق الاقوال فينتظم الغاية بنوعيه اذ تفرق اقوالهما اما بالامضاء
كما لو قال بعت وقال الآخر اشتريت وقد صرح في حاشية البزدوي انه اذا قال بعت والمشتري
اشتريت فقد تفرقا بذلك القول وبالابطال بان قال بعت وقال الآخر رددت فكان
هو الاحق بالارادة لا سيما عند استواء التفرقين في احتمال اللفظ حكما حتى جعله الامام فخر الاسلام
كالمشترك وعلى تقدير ان يكون التفرق بالاقوال اختلاف قولهما ردا وقبولا فنقول التفرق بالاقوال
صريح في الرد فجعله غاية اولى من التفرق بالبدن الذي هو دليل الاعراض لا صريح فيه والتفرق انما صار
غاية بمعنى الاعراض على ان دلايل الاعراض غير منحصر على التفرق البدني فلا وجه لجعله اصلا من بين
ساير الادلة وايضا كلا نوعي التفرق بالابدان اعني الحقيقي والحكمي دليل الاعراض فلا وجه
لجعل الحقيقي اصلا والحاق الحكمي به مع تساويهما في المعنى الذي به صار غاية وهو كونه دليل الاعراض
فكان الحمل على تفرق الاقوال كما هو منقول عن محمد اولى من حمله على التفرق بالابدان كما هو منقول
عن ابي يوسف رحمه الله قوله ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما ويعتبر
الاجل المطلق من حين قبض المبيع حتى لو باع بثمن مؤجل الى سنة فمنعه البايع حتى مضت سنة
فاجله سنة مستقبلة من حين قبض المبيع لان التاجيل للترفيه وذا انما يكون عند التضييق
بتوجه المطالبة ولا مطالبة قبل القبض فيعتبر الاجل من حين وقت القبض وعند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله لا اجل له بعد سنة لانه اجله سنة وقد مضت كذا في الكافي في اخر باب
المتفرقات فان قلت ان المشتري يطالب بالثمن اولا ثم يطالب البايع بتسليم المبيع
فكان المطالبة بالثمن قبل قبض المبيع فما وجه قوله ولا مطالبة قبل القبض قلت
كانه اراد لا مطالبة قبل احضاره للقبض فح يندفع التناقض ولكن هذا التاويل
يرده ما ذكره في المحيط بقوله ولابي حنيفة رحمه الله ان التاجيل انما شرع نظرا للمشتري
لتتاخر عنه المطالبة بالثمن مع حصول الانتفاع بالمبيع والتصرف في المبيع في مدة الاجل

ليؤدي عند مضي الاجل ويستفضل لنفسه شيا وهذا المعنى انما يحصل باعتبار الاجل من وقت
القبض فيجب اعتباره ما امكن فهذا التعليل الصحيح مشعر باشتراط القبض حقيقة وان احضاره
للتسليم لايكفي بالقطع بان ولاية التصرف لايستفاد بمجرد الاحضار بل بالقبض والله اعلم
قوله لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع فان قلت قد خص عنه بيع شرط فيه شرط لايقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لانه في معنى الربوا وشرط الاجل كذلك فينبغي ان يخص عنه
ايضا قلت القياس ان كان يقتضي تخصيصه فخبر الواحد وهو انه عليه السلام اشترى
من يهودي ناقة الى اجل ورهنه درعه وانعقاد الاجماع على جواز البيع بشرط الاجل يمنعانه فترك
القياس بالخبر والاجماع فبقي داخلا في قوله تعالى واحل الله البيع قوله لانه معجل فيه التسليم
فيندر هلاكه قبله فيه بحث وذلك ان الهلاك لما كان نادرا قبل وجب ان يصح بيع المنقول
قبل القبض لندرة هلاكه قبله كما يصح بيع العقار قبل القبض لان الهلاك فيه نادر وسنذكر هذا
البحث مع جوابه في فصل ومن اشترى شيا مما ينقل ويتحول ان شاء الله تعالى قوله ومن
باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رضي الله عنه قوله
في المجلس لان ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة فصار العلم في المجلس كالعلم في حالة العقد
واذا افترقا تقرر القادح لجهالة الثمن فلا ينقلب جايزا فان قلت اذا كان الفساد بحكم شرط
الاجل المجهول وشرط خيار اربعة ايام ينقلب جائزا اذا رفع المفسد بعد الافتراق عن المجلس ايضا
قلت الفساد على نوعين لانه اما ان يكون في صلب العقد او خارج العقد والاول ان كان
باعتبار نفس الركن لكون الثمن غير متقوم او زايد بلا غرض فالعقد لايعود الى الجواز اصلاً
لقوته وان كان باعتبار جهالة الركن لا باعتبار نفسه فان ازاله في المجلس ينقلب جائزا لانه
دون ما يكون باعتبار نفس الركن واما الثاني فهو كالفساد باعتبار جهالة الاجل وغيره
فالعقد ينقلب جايزا ان ازيل ذلك الفساد قبل تقرره لانه اضعف من قسمي الاول فظهر
الفرق بين المسئلتين وقد يجاب بان الفساد بحكم شرط الاجل المجهول او خيار اربعة
ايام لايظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم وامتداد الاجل فينقلب جايزا اذا ازيل الفساد
قبل ظهوره فان قلت لو كان العلم في المجلس كالعلم وقت العقد لما ثبت له الخيار
كما لو علم زمان العقد اجيب بان ما يحصل من العلم بعد عقد في المجلس متاخرة عن العقد
حقيقة مقارن منه حكما فقلنا ينقلب العقد جايزا اعتبارا لكونه مقارنا ويثبت له الخيار
اعتبارا لكونه متاخرا عملا بالاعتبارين جميعا فان قلت اذا استاجر دارا كل شهر بدرهم جازت
الاجارة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الاول عند ابي حنيفة رضي الله عنه
على اختيار بعض الفقهاء فما وجه الفرق قلت انما جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول
وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير ولا تعامل في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم فبقي على

القياس

القياس قوله ولهما ان الجهالة بعدها ازالتها من غير مشقة ومثلها غير مانع كما لو باع بوزن هذا الحجر
ذهبا فان قلت البيع بالرقم فاسد مع ان ازالة الجهالة بيدهما اجيب بالمنع فان الانسان كثيرا
ما لايعلم الرقم وقيمة المتاع اما عند الفقراء والاغنياء فمتيسر للكل من غير مشقة قوله لتفرق
الصفقة فان قلت قد مر في الشاهان منقولا عن بعض المواضع ان بيان ثمن كل واحد يوجب
تفرق الصفقة وان لم يكرر لفظ البيع وعليه حمل ما في الكتاب من قوله الا اذا بين ثمن كل واحد لانه
صفقات معنى فيكون كل قفيز مبيعا على حاله فلا يتفرق الصفقة بانصراف البيع الى قفيز واحد على ان تفرق
الصفقة انما يلزمه ان لو كان البيع واقعا على الكل وليس كذلك بل هو واقع على قفيز واحد ابتداء عند
ابي حنيفة رضي الله عنه صرح بذلك في المحيط حيث قال ولابي حنيفة رضي الله عنه ان كلمة كل
اذا دخلت على ما لايعلم نهايته يتناول الواحد من تلك الجملة كما في قوله اجرتك هذه الدار
كل شهر وقوله لامراة غيره كفلت لك عن زوجك نفقة كل شهر فاذا انتاول واحدا من تلك الجملة
صار بايعا شاة واحدة من القطيع وثوبا واحدا من الجوالق وذراعا واحدا من الثوب وقفيزا
واحدا من الصبرة الآن بيع شاة من قطيع وثوب من الجوالق وذراع من الثوب لايجوز
وبيع قفيز واحد من الصبرة يجوز فكذا هنا ولو سلم فالمشتري لما اقدم على الشراء مع علمه بانصراف
البيع الى قفيز واحد فقد رضي شراء واحد من القفزان ولا خيار مع الرضا اجيب من الاول
بان تفرق الثمن لايوجب تفرق العقد على رواية الزيادات قلنا ان نمنع على انا قد ذكرنا ان ما
اشار اليه في الشاهان من ان تفرق الثمن يوجب تفرق العقد وان اتحد العاقد والعقد
نقلا عن بعض المواضع فلا يكاد يتضح لمخالفته روايات الامام التمرتاشي والذخيرة والمحيط
فلا بد ان يحمل ما فيه على ما اذا اختلف العاقد بان كان من احد الجانبين اثنان او كان من كل
جانب اثنان ولو سلم فتفريق الثمن انما يوجب تفرق العقد اذا كان حكم التفريق يخالف حكم الجمع
بان يقول بعتك هذين هذا بمائة وهذا بمائتين فانه لو كان بعتك هذين بثلثمائة ثم تعين المائة
بمقابلة احدهما والمائتين بمقابلة الآخر بل ينقسم الثمن على قدر قيمتهما ففي فصل كان بيان ثمن
كل كايجاب على حدة اما اذا لم يكن كان التفصيل لبيان مبلغ عدد الثمن لا لتجديد الايجاب
وفي مسئلة الصبرة لو سمى جميع القفزان وذكر مقابلة ثمنا بان يقول مثلا بعتك هذه الصبرة
على انها عشرة اقفزة لعشرة دراهم كان بمقابلة كل قفيز درهم وكان التفصيل بقوله كل
قفيز بدرهم والجمع بمنزلة فلا يكون العقد به متفرقا وعن الثاني ان المراد هو تفرق الصفقة
على ظن المشتري وذلك انه لما اقدم على الشراء فقد اذا لم يباشر العقد مع علمه بانه فاسد
وهذا ظن في موضع الاجتهاد وهو معتبر فلما ظهر ان البيع قد انصرف الى قفيز واحد تفرقت
الصفقة عليه على ظنه فيتخير لئلا يتضرر فعلى هذا قوله انه لما اقدم على الشراء مع علمه
بانصرافه الى قفيز واحد ممنوع بل هو اقدم عليه على ظن ان البيع صحيح في الكل ولو سلم

انه عالم بانصرافه الى قفيز واحد فالمبيع انما ينصرف الى قفيز واحد اذ لم يعلم مقدار القفزان في المجلس
بالتسمية او بالكيل اما اذا علم فالبيع صحيح في الكل فالظاهر ان المشتري انما اقدم على هذا
الشرى ظنا ان البايع يسمي جملة القفزان او كيله في المجلس فيصح البيع في الكل وهو الظاهر
ايضا من البايع فلما لم يسم وحكمنا بانصرافه الى قفيز واحد صار كان البيع قد انعقد في حق الكل
ثم بقي في حق البعض فتفرقت الصفقة بهذا الاعتبار وبهذا خرج الجواب عن الثالث و
قد اجيب عنه في الشرح بالمنع اذ العوام لا علم لهم بالمسائل المجتهدة ولكنه يشكل بان المصنف
رحمه الله جعل الموكل عالما برجوع الحقوق الى الوكيل وبنى على ذلك ولاية رجوعه على الموكل حيث قال
ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا به فيه من ماله مع ان رجوع الحقوق الى الموكل
مجتهد فيه فالشافعي رحمه الله لا يقول به وسياتيك ان شاء الله تع **قوله** وكذا اذا كيل في المجلس شرط
في الجواز ان يعلم العدد في المجلس وبعض مشايخنا قالوا اذا علم العدد بعد الافتراق ينقلب جائزا ايضا
وقال شمس الائمة الحلواني الاصح عندي ان على قول ابي حنيفة رض لا ينقلب العقد جائزا ولكن ان كان البايع
دايما على الرضى ورضي به المشتري ينعقد بينهما عقدا ابتدا بالتراضي **قوله** لتفرق الصفقة عليه قبل التمام
وتمامها يكون بتمام الرضى والقبض وقيل عاقبل التمام اذ التفريق بعد التمام جائز والفرق ان في
الاول ضررا بالبايع او بالمشتري فيجب دفع الاقوى بتحمل الادنى وقبل التمام ضرر البايع مثلا في التفريق
في القبول او في القبض اقوى لانه ضرر مالي لان ضم الجيد الى الردي لترويج الكل بثمن الجيد متعارف
فلو جاز التفريق فالمشتري ياخذ الجيد ثم يتعذر على البايع ترويج الردي بثمن الجيد فيكون ضررا ماليا
وضرر المشتري في مجرد بطلان قوله حيث لا يصح قبوله العقد في البعض او يرده فيه دون ابطال المال
والقبض شبيه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد على ان حق المشتري قبل القبض غير متاكد
فلم يعتبر وكذا ضرر المشتري اذا هلك بعض المبيع قبل القبض في فوات غرضه في شرا الكل اقوى من ضرر البايع
في بطلان حقه في العقد والثمن لان حقه غير متاكد فاعتبر ضرر المشتري لا ضرر البايع فخيرناه بين اخذ الباقي
بحصته والترك واما بعد التمام فضرر المشتري عند رد الكل فيما اذا وجد بالبعض شيئا اكثر مما يلحق البايع
برد البعض لان برد الكل يبطل حق متاكد للمشتري وما يلحق البايع برد البعض موهوم ربما
يتهيا له بيع المعيب بثمن السليم او بضمه الى جيد اخر **قوله** والقدر ليس بوصف بل هو
اصل فلا يكون للمشتري ويرد عليه ما لو اشترى ابريق فضة على ان فيه وزن مائة فاذا هو مايتا درهم
الزيادة فيه للمشتري وجوابه ان الوزن فيما يضره التبعيض كوصف من اوصافه لانه يوجب
نقصانا فيه فصار كالذرع الى هذا اشار في الكافي في باب المهر ثم القدر انما يعتبر اصلا
اذا كان معلوما او مجهولا لا يوجد في المشار اليه اما اذا كان مجهولا موجودا فيه فهو في حكم
الوصف صرح به في الخزانة حيث قال باع هذه الحنطة على انها اقل من كر فوجدها اقل جاز و
وان وجدها اكثر لا وعن ابي يوسف انه فاسد في الوجهين لان الاشارة والمقدار

متى اجتمعا

متى اجتمعا في المكيل فالمعقود عليه المقدار وهو مجهول قلنا نعم اذا كان المقدار معلوما اذا كان
مجهولا فالمعقود عليه هو المشار اليه متى وجد المقدار في المشار اليه ويجعل المقدار صفة
فيه لان المقدار في المكيلات وان كان اصلا من حيث ان كل قدر يقوم بنفسه و
والتبعيض لا يوجب شيئا في الباقي فهو وصف من حيث انه يكثر بكثرة المقدار ويقل بقلتها
فاعتبرناه اصلا متى كان معلوما ومجهولا عدم في المشار اليه ووصفا متى كان مجهولا وجد في
المشار اليه فمتى وجدها اقل من الكر جاز لانه اعتبر وصفا وجهالة الوصف لا توجب الفساد
وان وجدها اكثر فسد لانه اعتبر اصلا وجهالة المعقود عليه اذا كان اصلا يوجب فساد العقد
والعقد في هذا ان القدر متى كان اصلا من وجه امر وجه جعلناه اصلا فيما اذا كان معلوما لئلا يلزم اثبات
استحقاق الزيادة للمشتري بالشك وذلك انه لما اشترى صبرة على انها عشرة اقفزة فاذا هو
عشر فاعتبار كون القدر وصفا يوجب ان تكون الزيادة للمشتري واعتبار كونه اصلا
يوجب ان يبقى الزيادة على ملك البايع فلو اعتبرناه وصفا لزم اثبات الملك في الزيادة للمشتري
وانه لا يثبت بالشك فبالضرورة اعتبرناه اصلا واثبتنا الزيادة في ملك البايع واما اذا كان
القدر مجهولا فان عدم في المشار اليه بان اشترى حنطة مشارا اليها على انها اقل من الكر فاذا
هو اكثر فالتخريج فيه ما ذكرنا في المعلوم انه ان اعتبر وصفا ثبت للمشتري الزيادة وان اعتبر
اصلا بقيت الزيادة على ملك البايع والزيادة لم تكن للمشتري فلا يثبت بالشك فاعتبرناه
اصلا ومتى اعتبرناه اصلا ثبت البيع بجهالة القدر وان كان الوصف المجهول موجودا في
المشار اليه فاعتبار كونه وصفا لا يوجب الاستحقاق للمشتري مع الشك حتى تبطل
اشارة وصفات اعتباره وصفا يوجب صحة العقد واعتباره اصلا يوجب فساده والاصل
في تصرف العاقل التصحيح بقدر الامكان فاعتبرناه اصلا وصححنا العقد بالقدر الممكن ثم
المراد بقوله ليس بوصف انه لا يعطى له حكم الوصف لفوات بعض لوازمه وهو ازدياد
القيمة بزيادته ونقصانها بنقصانه لانه ليس بوصف حقيقة حتى ينافض تسميته وصفا
فيما مر من قوله وجهالة الوصف والمراد به القدر **قوله** الا يرى انه عبارة عن الطول
ولها جهة في تقوم نفسه وغيره وبزيادتها يزداد قيمة المذروع ونقصانها ينقص قيمته
فيكون الذرع وصفا لكنه صار اصلا بافراده بالذكر ولكنه تبع في الحقيقة باعتبار
انه صار اصلا يتناوله الثمن وباعتبار انه تبع يدخل الزايد في البيع اذا وجده زايدا بخلاف
ما اذا اشترى الصبرة على انها مائة قفيز كل قفيز بدرهم فاذا هو مائة وعشرون قفيزا
لا يدخل الزايد في البيع لانه اصل من كل وجه فلا يتبع غيره وبخلاف ما اذا اشترى
عدلا على انه مائة ثوب فاذا هو اكثر يفسد البيع لان كل ثوب اصل من كل وجه فلا يدخل
في بيع غيره تبعا فيبقى بيع المجهول بجهالة يفضي الى المنازعة لتفاوت الثياب

ثم اعتبار كل ذراع بدرهم من باب افراد الوصف بذكر الثمن مشكل لما سياتيك ان الذراع
اسم لما يذرع به وهي الخشبة المعهودة ثم استعير لما يحله وهو المحل المعين ولا يخفى ان ما يحله
الذراع ويذرع به انما هو المعين دون الوصف **قوله** وان وجدها زائدة فهو بالخيار
فان قلت يشكل فيما اذا باع عدلا على انه عشرة اثواب فاذا فيها احد عشر فسد البيع
قلت الزيادة مفضية الى المنازعة لان كل واحد من الاثواب مختلفة فيقع الاختلاف
في تعيين الثوب فيصير المزيد عليه مجهولا فيفسد البيع ولا كذلك هنا كذا في الشاهان
واعترض عليه في الحاشية بان التفاوت هنا ايضا ثابت على ما ذكر المصنف من قوله غير
ان بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وجوابه ان الثوب الزائد لا يدخل
تحت البيع لكونه اصلا من كل وجه فبقي البيع مجهولا بجهالة مفضية الى المنازعة للتفاوت
في الاثواب بخلاف الذراع الزائد فانه يدخل في البيع لانه وصف حقيقة وان صار
اصلا بافراده بذكر الثمن فلم يكن البيع مجهولا فلانية البيع فالجواب المذكور مبني على دخول
الزائد في المبيع وعدم دخوله فيه لا على التفاوت وعدمه يعرف بالتامل **قوله** وذلك
غير معلوم بخلاف التسليم قلت المشاع معلوم غير متعين كالثلث والمجهول معين غير معلوم
كالذراع وعشرة اذرع من مائة ذراع عبارة عن عشرة محال متعينة من الدار وهي مجهولة
وبيع المجهول فاسد وعشرة اسهم من مائة سهم اشياء معلومة وان كانت غير متعينة
وبيع المعلوم جائز **قوله** هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة وللخصم ان يقول
نعم الجهالة باقية على اعتبار الحقيقة اما لو جعل عشرة اذرع كناية عن ربع الدار مثلا
كان بيعا للمشاع فلم يبق الجهالة والاصل في كلام العاقل التصحيح بقدر الامكان
وقد امكن بحمله على المجاز عن عشر الدار ونحوه غير ان المجاز انما يمكن اذا علم جملة الذرعان
فيشترط العلم لذلك **قوله** ولا قبول يشترط في المعدوم اي لم يشترط القبول
هنا في المعدوم لان البائع ما ضم المعدوم الى الموجود حتى يكون القبول فيه شرطا لانه
لا يوجب للضم الا الاشارة وهي الى الموجود لا غير بل باع الموجود يظن انه مقدار معين
ثم تبين انه لم يكن ذلك المقدار وبهذا لا يصير جامعا للمعدوم مع الموجود بخلاف مسئلة
الهروي فان البيع فيها هو الهروي لما ان الاعتبار في مثله للمسمى دون المشار اليه
وقد ضم المروي معه حيث اشار اليهما فصار جامعا للمبيع مع غيره كما لو باع قنا وحرا صفقة
وبين ثمن كل واحد **قوله** ولابي يوسف رحمه الله انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع
منزلة ثوب على حدة وقد انتقض وجوابه ان المنزل منزلة الثوب هو الذراع وهو اسم لمقدار
معلوم لا ينطلق على ما دونه فاذا انتقص لا يبقى ذراعا ولا يقابله شيء من الثمن واما الجواب
عن نكتة محمد رحمه الله فبان مقابلة النصف بالنصف ضروري وبمثله لا يعتبر والا

والا يرى انه لو باع ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم فاذا هو احد عشر فالزيادة للمشتري
مع انه لما قابل العشرة بالعشرة فقد جعل كل درهم بمقابلة ذراع ولكن بهذه المقابلة
لا يمكن قصد بالافراد كل ذراع مقصودا بذكر الثمن حتى لا يقابله شيء منه فغير تام لانا لا نسلم
انه لما قابل العشرة بالعشرة فقد قابل كل ذراع بدرهم لان الذرعان مختلفة بخلاف الاجزاء الشائعة
لكل ذراع فان ما يقابل الذراع من الثمن ينقسم عليها بالضرورة **قوله** وقيل هذا في الثمار
ونحوها اما اذا اشترى كرباسا لا يتفاوت جوانبه على انها عشرة اذرع بعشرة فاذا هو احد
عشر لا يسلم الزيادة لانه لا يتصف بالتبعيض فصار كالمقدرات قلنا هو ممنوع بل يتصف
بالتبعيض للقطع بان ذراعا من كرباس اذا قطع يتعيب بمعنى ثمنه بخلاف قفيز من الصبرة
فان قيمته منفردا عن الصبرة مثل قيمته منضما معها فكانه اراد بقوله لا يضره الفصل
المضرة الحاصلة لفوات غرض ضم الجيد مع الردي وهو ترويج الردي بضمه معه فان هذه
المضرة انما يتصور فيما يتفاوت جوانبه اما ما لا تفاوت فيه فلا يتصور فيه
هذه المضرة على تقدير التفريق فكان في انتفاء هذه المضرة كالمقدرات فلا شبهة اقل من جريان
الزيادة فيه للمشتري فيحرم احتياطا ويقال لما اشبه المقدرات من الوجه المذكور وله
شبه بغيره ايضا من حيث انه يتعيب بالتبعيض دار من ان يكون للمشتري ويبقى في ملك
البائع فلا يدخل في ملك المشتري بالشك ولا يخرج عن ملك البائع ايضا بالشك والله اعلم
فصل قوله لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف وهذا مشكل اذ لو
كان كذلك لما حنث فيما اذا حلف لا يدخل هذه الدار ودخلها بعد ما صارت صحراء وحيث
حنث دل انها لا يتناول البناء عرفا ويجاب بان البناء بمنزلة الصفة وهي في المعين لغو
اذا لم تكن داعية الى اليمين فان كان داعية اليه يعتبر الا يرى ان من حلف لا ياكل هذه
الرطب فاكله بعد ما صار تمرا لا يحنث ولو حلف لا يكلم هذا الصبي لا يتقيد بزمان صباه
لان صفة الصبا غير داعية الى اليمين لان هجران الصبا مهجور شرعا فتعلقت اليمين
بالذات دون الصفة وصفة البناء غير داعية لليمين الى المنع من الدخول باليمين
فتعلقت اليمين بالاسم وهو باق بعد الانهدام فيحنث بعده وصفة البناء داعية
الى الشراء لان الدار انما تشترى للسكنى ولا سكنى بلا بناء فيدخل البناء في الشراء عرفا
كذا في الكافي قلت صفة البناء داعية الى الشراء لكونها صفة مرغوبة في الدار
والاوصاف المرغوبة في المبيع تدعو الى شرائه وهذا اولى من تعليل الشيخ رحمه الله
بقوله ان الدار انما تشترى للسكنى ولا سكنى بلا بناء لما سياتيك في الاجارة ان
المقصود من البيع ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش دون اجارته

فلا يدخل الرب والطريق في البيع والاجارة بعقد الانتفاع ولا انتفاع الا بالشرب
والطريق فيدخلان فيها فظهر ان السكنى غير مقصودة بالبيع ثم اذا كان الدار انما تشترى
للسكنى كما اشار اليه ههنا ولا سكنى الا بالطريق وجب ان يدخل الطريق في شرا الدار بلا ذكر
والمسئلة بخلافه واذا كان شراء الدار لملك الرقبة بحسب كما اشار اليه ثم وجب ان لا يدخل
البناء في بيع الدار ثم قد يقال ان صفة البناء في لا يدخل هذه الدار واشتريت هذه الدار
حتى لا يعتبر في الاول ويعتبر في الثاني نعم لو كان الكلام في لا يدخل واشتريت هذه الدار المبنية
لكان لاعتبار صفة البناء او عدم اعتباره وجه ولكن الكلام في اسم الدار فقط وايضا الدار
لا تعادي ولا تهجر لذاتها بل لبعض صاحبها الساكن فيها حتى لو قال لا يدخل دار فلان حنث
اذا دخل دارا سكنها فلان بملك اجرة او عارية ولو دخل دارا مملوكة غير مسكونة لم يحنث
فصار التقدير لا ادخل هذه الدار المسكونة لفلان وصفة السكنى هي الباعثة الى
اليمين فلا بد من اعتبارها ومن ضرورة اعتبارها اعتبار صفة البناء اذ لا سكنى بلا بناء
اللهم الا على بعض الروايات وهو انه يحنث اذا دخل دارا مغصوبة الى فلان بالملك وبالسكنى
وايضا لما كان الباعث على الحلف هو سكنى صاحبها والسكنى باعتبار البناء لتعذر السكنى
بلا بناء فكان البناء هو الباعث على اليمين واجاب الشيخ المصنف رحمه الله عن الشبهة
الاولى في الايمان بان صفة البناء معتبرة في الدار مجازا ان يراد بحكم العرف بخلاف ما اذا قال
لا اكلم رجلا حيث لا يتقيد حلفه برجل عالم او عاقل لتزاحم الصفات وقد امتنع مرادها
ترويجها ولا رجحان للبعض فامتنع الارادة اصلا هذا الكلام وقد تمنع تعين صفة البناء
في الدار بقاء فقد يقال دارا عامرة ودارا عامرة وان كان البناء وصفا لان ما يحقق اسم
الدار للعرصة ابتداء فاما بعدما ادار الحيطان يطلق عليه اسم الدار وان لم يبق فيها بناء
والكلام في حالة البقاء قوله للقرار الاصل ثم لم يعلم مدة نهايتها فهو للقرار والتأبيد
وما لنهايتها غاية معلومة فهو كالمقطوع قوله ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية
لانه متصل بها فانه المتاع الذي فيها وقد يقال لو كان الزرع كالمتاع الموضوع في الارض
لكان ينبغي ان لا يثبت الملك لصاحب الارض في الزرع النابت بنفسه قبل الاحراز
كما لا يثبت في البيض الذي بارض الطير في ارضه قبل احرازه وكما لا يثبت في الفرخ
الذي فرخت فيها والمسئلة بخلافه فان الزرع النابت بنفسه يدخل في ملك صاحب
الارض قبل الاحراز الا ان يقال ابطال ملك البائع الى المشتري اشد من اثبات الملك
في المباح فاشترط للاول الاتصال والبقية من كل وجه واكتفى في الثاني بالاحراز
الثابت بالاتصال الخلقي وايضا لو وهب ارضا وزرعا وسلمها فاستحق الزرع
بطلت الهبة في الارض لان الارض مع الزرع بحكم الاتصال كشيء واحد فاذا استحق

احدها

احدهما صار كانه استحق البعض الشايع فيما يحتمل القسمة فيبطل الهبة في الباقي فلو كان
الزرع كالمتاع الموضوع في الارض وجب ان لا تبطل الهبة في الارض كما لو وجب ارضا و
متاعا فيها ثم استحق المتاع وايضا لو وهب زرعا او نخلا في الارض دونه او وهب
ثمرا في شجر دونه لا يصح وكذا لو وهب الارض دون الزرع او وهب الشجر دون الثمر لا يصح
لانه متصل به اتصال خلقة وكان بمنزلة المشاع الذي يحتمل القسمة ولا يتم بدون الاحراز
الحيازة فلو كان كالمتاع الموضوع في الارض كما اشار اليه ههنا كان الجواب في هذه المسائل
بخلاف ما ذكر الا ان يقال انه وان كان كالمتاع الموضوع من حيث انه للفصل فهو متصل
به خلقة فلا اقل من شبهة الشيوع في المسائل المذكورة فيمتنع الهبة احتياطا وايضا يدخل
الزرع في رهن الارض بلا تسمية فلو كان كالمتاع الذي فيها انما دخل كما لا يدخل المتاع في رهن
الارض الا ان يقال الزرع ان كان تابعا فهذه التبعية غير لازمة فمن حيث انه تابع يدخل
في رهن الارض تصحيحا للعقد لانه لو لم يدخل فسد الرهن لمكان الشيوع وشغل الارض
به بخلاف البيع فانه صحيح بدون ان يدخل الزرع فلا حاجة الى ادخاله وهو لم يكن داخلا
فلا يدخل بالشك واما المتاع فلا وجه لادخاله في عقد الرهن وان كان لا يصح بدون
دخوله فيه لانه ليس بتابع اصلا قوله فهو للقطع لا للبقاء فصار في الحكم
كالمقطوع المنفصل فان قلت اذا ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر وقد ذكر الثمر في بيعها فان الشفيع
يأخذ الارض والنخل بثمرها فلو كان الثمر كالمقطوع المنفصل لم يأخذه الشفيع كالمتاع الموضوع
في الدار اذا اشتراه معها فان الشفيع لا يأخذه قلت الثمر متصل من وجه منفصل من وجه
فمن حيث الاتصال يأخذه الشفيع ومن حيث الانفصال لا يدخل في البيع من غير ذكر
عملا بالشبهين قوله وهناك التسليم واجب ايضا حتى يتنزل باجر المثل وتسليم العوض
كتسليم المعوض قلت الواجب هو تسليم رقبة الارض واجر المثل عوض المنفعة فما هو عوضه
فتسليمه ليس بواجب وما وجب تسليمه فاجر المثل من الاجر ليس بعوضه رعاية ما يمكن ان يقال
الاجر وان كان بمقابلة المنافع انتهاء عند وجودها فهو ابتداء بمقابلة العين قبل حدوث
المنافع لقيامها مقام المنافع والشيء اذا قام مقام غيره يعطى له حكم ذلك الغير لا حكم نفسه
فكان الاجر في الحقيقة عوضا عن المنافع بعد حدوثها حقيقة وقبل حكما قوله ولا فرق
بينما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن الى قوله لان بيعه يجوز في اصح الروايتين وقد
يقال كيف يصح بيعه فيما اذا لم يكن له قيمة وبيع غير المتقوم ليس بجائز كالحبة الا ان يراد بالقيمة
ما يتقوم بها الثمار عند كمال الحال بدون الصلاح فيكون قوله له قيمة او لم يكن في قوة
قولنا بدا صلاحها او لم يبد وهو صحيح وبهذا سقط ما يرى من التناقض بين قوله بحال
له قيمة او لم يكن وقوله فيما بعد ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه

مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال وفي الثاني فان الاول يشعر تقدم التقوم في بعض الاحوال
والثاني يشعر بوجوده في جميع الاحوال لان الانتفاع حالا او مالا ثابت في الاحوال
كلها وذا يكفي لثبوت التقوم قوله لان بيعه يجوز في اصح الروايتين وما صح بيعه
منفردا لا يدخل في بيع غيره تبعا الا اذا كان تابعا كالبناء والشجر لانهما متصلان بالدار
والارض اتصال قرار والثمر ليس بتابع لانه لا للبقاء فعد منفصلا كالمتاع الموضوع فلا يدخل
في بيع الشجر سواء الشجر مع الارض او وحده وفيه بحث لانه جواز البيع منفردا اذا كان
مانعا لدخوله في بيع الغير وجب ان لا يدخل البناء والشجر في بيع الارض والدار وان
اعتبر جزأ او تابعا لان الجزئية والبعضية اذا كان يوجب دخوله في البيع فجواز بيعه
منفردا يوجب ان لا يدخل بالشك الا ان يقال جواز البيع منفردا
وان كان حجة في عدم دخوله في بيع الغير فهو امر حكمي فلا يعتبر مع الجزئية التي هي حجة حقيقة
في عدم دخوله في بيعه ويمكن ان يقال جواز بيعه دليل على انه لا يفرق مع ماله قيمة
قدم اصلاحها وهو للبائع فكذا هذا ولو لم يكن جايز البيع لم يكن للبائع لانه حينئذ كان
في حكم المعدوم الذي لم يظهر بعد وما لم يظهر يكون للمشتري اذا لم يكن فكذا هذا ومعنى
انه لو لم يكن جايز البيع لوجب ان يكون للبائع لما ذكرنا انه مستقل من حيث انه معد
للفصل فكيف وفيه حجة اخرى لاستغلاله وهو كونه جايز البيع قوله بمنزلة المتاع اي
من كل وجه والا تعين المجدود من الثمر وغير المحصود من الزرع ايضا بمنزلة المتاع على ما مر مع
قوله فصار كالمتاع الموضوع في الدار قوله لانه مال متقوم تصريح بان ما لم يبدو اصلاحه
متقوم وقد مال قبله له قيمة اذا لم يكن وجوابه قد مر لانه باطل والباطل في حكم المعدوم
حتى لا يورث التنبيه كما نص المصنف رحمه الله في بعض المواضع من كتابه قوله وقيل
لا يجوز قبل ان يبدو اصلاحها لانه عليه السلام نهى عن بيع المحاضرة وانه ان يباع الثمار
قبل ان يبدو اصلاحها وهي خضر ويدخل ايضا في المحاضرة بيع الرطاب والبقول ونهى عن
بيعه قبل التشقح والتشقح هو الزهو ومعناه حتى يامن العاهة قوله والاول اصح
لانه مال متقوم لكونه منتفعا في ثاني الحال فصح كبيع الجحش وللخصم ان يقول انه وان كان
منتفعا به في ثاني الحال الا انه باع بشرط القطع وعند القطع لا يبقى منتفعا به قوله
وهو صفقة في صفقة اي بكلمة او كونها في النكتة الثانية لان اعارة النخيل فاجارة
لا تحقق على ان الصفقة في الصفقة لا توجب فساد الا ان احد الصفقتين يصير
شرطا فاسدا في الاخرى فلا يتميز عن النكتة الاولى فلا يكون فيه صفقة في صفقة
قوله وكذا اذا تناهى عظمها او باع بشرط الترك عند ابي حنيفة وابي يوسف
رضي الله عنهما لما قلنا من انه شرط لا يقتضي العقد وفيه منفعة لاحدهما لما فيه من زيادة

جودة وطراوة قوله لانه شرط في الجزء المعدوم يعني من مال البايع سوى المبيع وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين ايضا فكان ضم المعدوم الى الموجود فاشتراطهما فكان باطلا فان قيل
يشكل هذا بما اذا اشترى عدلا على انه عشرة بعشرة دراهم كل ثوب بدرهم فاذا هو تسعة
جاز بقدره وله الخيار وفيه ضم الثوب المعدوم الى الموجود وقد مر وجهه في الكتاب
وايضا لو كان الجزء المعدوم من مال البايع على تقدير وجوده لكان ينبغي ان لا يسلم للمشتري فيما
اذا اشتراها مطلقا وسيأتيك انه يسلم له الا انه يتصدق اذا كان الترك لا باذن البايع
ويطيب له ان كان باذنه وايضا اذا كان الجزء المعدوم سالما للمشتري عند الوجود انه اذا اشتراه
مطلقا لم يكن اشتراطه لنفسه على خلاف مقتضى العقد فينبغي ان لا يفسد البيع نعم اشتراط بقائه
على النخيل فاسد اما اشتراط الجزء المعدوم الذي يسلم للمشتري من غير اشتراط فلا اجيب
بان قوله من مال البايع متعلق بالحصول المقدر اي بشرط حصول المعدوم من مال البايع
ببقائه على الشجر شرط فاسد لا محالة واما الاولى فلان الضم الموجود والمعدوم الى الموجود مفسد
غير ان البايع في مسئلة العدل ضم المعدوم اليه بل باع الموجود بظن انه بقدر معين
لكنه تبين انه لم يكن بذلك المقدار وبهذا لا يصير تابعا للمعدوم قوله لان الاجارة باطلة
لعدم التعارف والحاجة اي لعدم هذا المجموع وذلك لان الاجارة شرعت بخلاف القياس
مقتضية للحاجة المتعارفة الغالبة الوقوع فاذا انتفت الحاجة المتعارفة بطلت
ويشكل بان اجارة الكلاء فاسدة لا باطلة حتى يملك الاجر الاجرة وينفذ عتقه فيها مع انه
لا تعارف باستيجار الكلاء ولا حاجة اليه ايضا لانه يوجد مباحا كما لا حاجة ولا تعارف
في استيجار الشجر فالقول بكون اجارة الاشجار للثمر باطلة واجارة الكلاء فاسدة
ومسئلة اجارة الكلاء مذكورة في الشرح في باب البيع الفاسد عند قوله ولا يجوز
بيع المداعي ولا اجارتها قوله لان الاجارة فاسدة للجهالة اي لجهالة المدة فان قلت
مثل هذه الجهالة لا يمنع عقد الاجارة الا يرى انه لو انقضت مدة الاجارة والزرع بقل
يترك باجر المثل ويحكم بثبوت عقد الاجارة الى وقت الادراك مع ان المدة مجهولة
قلت الجهالة في نفسه مفسدة للاجارة غير ان في صورة انتهاء مدة الاجارة اثبتنا عقد
الاجارة بينهما باجر المثل دفعا للضرورة عن المستاجر لان الزراعة وقعت بحق
فلو امرناه بالقطع اضررناه فتركنا كذلك في يده باجر المثل رعاية للجانبين واثبتنا
عقد الاجارة لمكان الضرورة ولا ضرورة فيما اذا اشترى الزرع وهو بقل فلم يحمل هذه
الجهالة فيه قوله ويستثنى منها ارطالا معلومة فيه اشارة الى ان المستثنى
لو كان رطلا واحدا يجوز لانه استثنى القليل من الكثير بخلاف الارطال لجواز ان لا يكون
الا ذلك القدر فيكون استثناء الكل من الكل كذا في الحاشية قلت التعليل

المذكور في الكتاب من قوله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول لا يوجب التفرقة بين
استثناء الارطال والرطل الواحد لجواز ان يبقى الباقي مجهولا بعد استثناء الرطل الواحد
ايضا اما بمعنى انه هل يبقى شيء بعد الاستثناء ام لا او بمعنى انه مجهول بجهالة مفضية
الى المنازعة فالبايع يسلم الارداء والمشتري يطالب الاجود ثم المصنف رحمه الله
اطلق الرواية ولم يقيد بان البيع في الثمر على رؤس النخل او في ثمر مجذوذ وما ذكر في شرح
الطحاوي يدل على ان الحكم فيهما سواء فقال واذا باع الثمر على رؤس النخل الا صاعا منها يجوز
البيع لان المستثنى معلوم ثم اذا باع كان الثمر مجذوذا موضوعا على الارض فباع الكل الا صاعا
منها يجوز وروى الحسن بن زياد انه لا يجوز كما قال الطحاوي في الكتاب قوله لان الباقي بعد
الاستثناء مجهول فيفضي الى المنازعة لان المشتري يطالب بالاجود والبايع يسلم الارداء كذا
في الحاشية وفيه نظر لان هذا يقتضي ان لا يصح بيع قفيز من صبرة ايضا لان المشتري يطالب بالاجود
والبايع يسلم الارداء فيفضي الى المنازعة وسيجيء انه جائز الا ان يقال هذا التعليل المذكور
في الحاشية محمول على ما اذا كانت الثمار مختلطا جيدها مع رديها وفي هذه الصورة لا نسلم
ان بيع قفيز من هذه الصبرة جائز وقيل معنى الجهالة ان المستثنى منه غير معلوم بقاؤه بعد
الاستثناء اي يحتمل ان يبقى وان لا يبقى قوله لان الاصل انما يجوز ايراد العقد عليه
بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وفيه بحث لان ايراد عقد البيع على البناء وايراد عقد
الوصية على الخدمة جائز مع ذلك لا يصح استثناء البناء من بيع الدار ولا استثناء
الخدمة من وصية العبد والجارية حتى لو وجارية واستثنى خدمتها تصح الوصية ويبطل
الاستثناء وينبغي الموصى له الجارية واجب من غير فضل البناء في بعض الحواشي من
ان الاستثناء تصرف في اللفظ والبناء في الدار يدخل معنى لا لفظا لان الدار في الحقيقة
اسم للعرصة دون البناء ولهذا يقال دار عامرة ودار غامرة فعدم جواز الاستثناء للمعنى وفيه
نظر لان استثناء الحمل من الجارية صحيح بحكم الاصل الذي ذكر في الوصية مع ان الجارية لا تتناول
الحمل الا لتناول الدار البناء على انه قد سبق ان اسم الدار يتناول العرصة والبناء فاذا كان متناولا
للبناء ينبغي ان يصح استثناؤه الا ان يقال بان الحمل جزء من الجارية حتى يعتد بغذائها ويتنفس
بتنفسها وينفصل عنها بالمقراض فكان يتناول اسم الجارية اياه كتناول يدها ورجلها
فصح استثناؤه لكونه داخلا فيه لفظا كما صح استثناء اليد منها في قولهم ضربت الجارية الا
يدها غير ان الحمل ما يصح ايراد عقد الوصية عليه فصح استثناؤه منه بخلاف اليد والرجل اما البناء فليس بجزء
من الدار اصلا فلا يتناوله لفظ الدار اصلا فلا يصح استثناؤه واما ما سبق من ان اسم الدار يتناول العرصة والبناء
فمعناه يتناول العرصة لفظا والبناء تبعا ولا بد لصحة الاستثناء من التناول لفظا واجيب عن فصل البناء
في الشاهان في كتاب الشفعة بانه انما يجوز ايراد العقد على البناء بشرط القطع وعند ذلك يصير اصلا اما ايراد
العقد عليه وهو تبع فلا يجوز لانه بمنزلة العين من العقد فلا يصح استثناؤه وفيه نظر لانه لو صح استثناؤه

لصح بشرط القطع ايضا نظرا لملك المشتري وايراد العقد عليه صح

شرط

بشرط القطع ثم كذا استثناؤه بذلك الشرط وجوابه ان الاستثناء لو صح لصح من حيث
انه داخل في الدار تبعا للقطع بعد دخوله فيه قصدا فيكون الاستثناء على اعتبار كونه تابعا
اعتبارا بالسعة لا يصح ايراد العقد عليه ابتداء بل ايراده عليه على اعتبار كونه اصلا بالقطع واما
الجواب عن فصل الخدمة فحسب تبدان شاء الله ثم الظاهر ان المراد بالاصل المذكور
هو ان كل ما هو من الشيء يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه وما لا فلا يرد البناء والخدمة اذ البناء ليس
جزء من الدار اذ هي اسم للعرصة والبناء وصفها وكذا الخدمة ليست بجزء من الجارية وسيأتي تحقيق
زيادة تحقيق في باب الوصية قوله وبيع قفيز من صبرة جائز وكذا استثناؤه فان قلت جواز
الاستثناء لا يقتضي ان لا يفسد بفساد آخر وقد وجد المفسد هنا وهو احتمال ان لا يوجد الا بعض
الارطال المستثناة فيعرى العقد عن الفائدة او الجهالة المفضية الى المنازعة وهو ما ذكر من
ان البايع يسلم الارداء والمشتري يسلم الاجود اجيب بانا لا نسلم ان الكلام فيما اذا تيقنا
بوجود المبيع بعد الاستثناء وفيما اذا كانت الثمار كلها جيدة او ردية اما اذا كان يختلط جيدها
برديها فلا نسلم جواز الاستثناء حينئذ وفيه بحث لا يستقيم حينئذ اختلاف بينهم اذ البيع
من الاستثناء ارطال معلومة فيما اذا كانت الثمار كلها جيدة او ردية مع التيقن بوجود
المبيع بعد الاستثناء فيما اذا كانت الثمار كلها جيدة مع رديها او كانت بحيث لا يعلم بقاء المبيع
غير جائز بالاتفاق ولفظ الكتاب صرح بتحقق الاختلاف اللهم الا ان يحمل قوله ينبغي الى آخره
تنبيها على ان ما ذكر من انه لا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة ليس على اطلاقه
قوله مستور اي لا منفعة فيه احترازا عن القشرة السفلى للجوز واللوز حيث يصح بيعه وان
كان مستورا لان صلاحه في ابقائه فيه وكذا بيع الحنطة في سنبلها في قوله لان صلاح الحنطة
في ابقائها فيه حيث لا يأكلها السوس كما عرف في قوله فذروه في سنبله قوله فاشبه
تراب الصاغة اذا بيع بجنسه قلت بنى الشافعي رحمه الله عدم جواز بيع الجوز في قشره الاول
في اشتراط كون المبيع مرئيا بالاحاديث الدالة عليه وكذا عنده بيع تراب الصاغة بجنسه
او بخلاف جنسه وانه لا قوله الى ان يقبضه على تراب الصاغة اذا بيع بجنسه
ولنا ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن
العاهة تمسك بآخر الحديث وهو قوله حتى يبيض حتى يزهو فانه يدل على جوازه البيع بعد
الزهو والابيضاض وانه حينئذ يكون في الغش وكون هذا الحديث متروكا في حكم الصدر ربما
اقوى منه يوجب تركه في حكم الغاية ولا معارضه لقبضه قوله ولانه حب منتفع به فيجوز
بيعه في سنبله كالشعير فان قلت بيع الحب في القطن لا يجوز فاصاب في الحب وان كان موجودا
في القطن كالحنطة في سنبلها حقيقة غير موجود اسما حيث لا يقال له الحب بل يقال له القطن
اما اسم الحنطة فيطلق عليه وهي في سنبلها فكانت موجودة من كل وجه فصح بيعه اما الحب

ل

جودا

في القطن لكونه موجودا حقيقة يقتضي ان يصح بيعه وكونه معدوما اسما يقتضي ان لا يجوز
فقلنا بانه لا يصح بالشك او ما لاحتياط اذ الاحتياط في فساد البيع قوله
حتى لو باعه بكلام حنث جاز والظاهر ان الجواز عند الشافعي غير مسلم ولكنه لما كان حجة عنده
لم يكن حجة علينا فلا يصح القياس عليه اذ الحكم ممنوع عندنا قوله اذ لا ينتفع بدونه فيه
اشارة الى الفرق بين المفتاح والطريق اذا الشرب وذلك لان الانتفاع بالدار لا يتوقف
على الطريق والشرب فان كان يتوقف منفعة السكنى عليه والدار تشترى للمنفعة وقد ينتفع بها
بدون الطريق والشرب بان يشترى دارا ليأخذ بها دارا بجنبها اذا بيعت واخذ الدار التي
بجنبها من منافع تلك الدار وانه لا يتوقف على الشرب والطريق بخلاف ما اذا استأجرها
للسكنى حيث يدخل فيه الطريق والشرب لتوقف منفعة السكنى عليه فان الغلاف فلا ينتفع به الا
بالمفاتيح فكانت المفاتيح بها فتدخل بلا ذكر في بيعها واحد زوجي المقراض وان كان لا ينتفع الا بالآخر
ولكن لا يدخل في بيع الآخر لانعدام التبعية فان كلا منهما مثل الآخر والشيء انما يدخل
في بيع غيره بشرط التبعية ثم هذا التعليل يشعر بان المفتاح يدخل وان كان منفصلا لتوقف منفعة
الاغلاق عليها ولكن ذكر في بعض الحواشي ان المسئلة موضوعها اذا كانت المفاتيح والاغلاق
من الخشب المتصل بالباب فانه يخالف تعليل الكتاب قوله اذ لا ينتفع به بدونه فان قيل
الطريق لا يدخل في بيع الارض واحد زوجي المقراض لا يدخل في بيع الآخر مع انه لا ينتفع بالارض
الا بالطريق حتى يدخل في اجارة الارض من غير ذكر ولا ينتفع باحد زوجي المقراض الا بالآخر اجيب
بانه قد ينتفع بالارض بدون الطريق بان يأخذ به ارضا اخرى بالشفعة واحد زوجي المقراض
ليس بنافع بلا آخر حتى يدخل في بيع غيره بشرط التبعية قوله لان النقد يكون بعد التسليم
الا يرى انه يكون بعد الوزن التي من تمام التسليم فان قلت لم الوزن من تمام التسليم
بمعنى انه لا يتحقق التسليم لانه لا بمعنى انه من اجزائه وذلك ان التسليم عبارة عن التخلية فهو
رفع الموانع عن قبضه والتخلية انما يتصور بعد وزنه فكان الوزن قبل التخلية بالضرورة فما
يكون بعد الوزن لا يلزم ان يكون بعد التخلية لجواز ان يكون قبلها بان يتزن ثم ينقد ثم يخلي
اجيب بان هذا بناء على العادة والغالب والمراد ان النقد يكون بعد التسليم عادة الا يرى
انه يكون بعد الوزن في العادة والاتصال بين الوزن والتسليم في العادات فما كان بعد الوزن
عادة يكون بعد التسليم لعدم الفصل بين الوزن والتسليم في العادة وقول البائع هو المحتاج بعده
بانه للدلال اي النقد في العادة يكون بعد التسليم وبعده المحتاج الى النقد هو الدافع فكان
اجرته عليه بالضرورة لعود منفعته اليه قوله لاستوائهما في التعيين اي في عدم التعيين
وجودا وعدما باب خيار الشرط لما ذكر احكام البيع العلة التامة وهي
العلة اسما ومعنى وحكما شرع في بيان الناقصة وهي العلة اسما ومعنى لا حكما اونقول

البيع

البيع نوعان لازم وغير لازم فاللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه
الخيار والخيار اربعة خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار التعيين فقدم اللازم
لاصالته ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لتقدمه عليها لان خيار الشرط يمنع
تمام الحكم وخيار العيب يمنع لزوم الحكم ثم الموانع خمسة ما يمنع اصل العلة كانقطاع الوتر و
اضافة البيع الى الحر وما يمنع تمام العلة كاصابة السهم حائطا واضافة البيع الى مال الغير وما يمنع ابتداء
الحكم كصيرورة المجروح كمن حبس فرائش سقطا ولا يصير امن من الموت وخيار العيب كذا في
الشرح فان قلت قد ذكر الاصوليون في الوجوه الفاسدة في بيان المنع ان الشرط لا ينعقد
سببا ما يخالف المذكور ههنا حيث قالوا ان الشرط حائل بينه وبين المحل فيبقى عن مضاف الى
وبدون الاتصال بالمحل لا ينعقد سببا كالرمي فانه لا ينعقد سببا للقتل اذا حال بين السهم
وبين المرمي اليه نحو ترس او حائط فهذا تصريح بان حيلولة الترس يمنع انعقاد العلة لعدم الاتصال
بالمحل وما ذكر الشارح يقتضي ان العلة قد انعقد وتكون حيلولة الحائط يمنع تمام العلة وحيلولة
الترس يمنع ابتداء الحكم فما وجه التوفيق قلت وجهه ما ذكره بعض المحققين ان الرمي
يقتصر على نوع المباشرة بمجرد القصد وزمنه لانه لا يصير جانيا حتى لو رمى الى انسان
خطاء فكم قبل الوصول اليه يصح وفي نوع المحل لا يقتصر على قبل الوصول الى المحل بناء عليه
لا قبله فما ذكروا في بعض الموانع يحمل على طرف المباشرة وما في الوجوه الفاسدة يحمل
على طرف المحل قوله خيار الشرط جائز مطلق اي وقت العقد وبعده وقوله في البيع احتراز
عن السلم والصرف فان شرط الخيار فيهما غير جائز ومطلق البيع يقع على بيع السلعة بالثمن
او بالسلعة فصح الاحتراز عن الصرف والسلم بلفظ البيع قوله وانما جوزناه بخلاف القياس
ولكن بشرط ان يكون غير المنصوص مثل المنصوص ولهذا جوزنا الخيار في الخلع من جانب
القياس لم يثبت في غيره بالقياس والدلالة وانما نتحرى فيما يثبت بخلاف القياس ولكن
بشرط ان يكون غير المنصوص مثل المنصوص من كل وجه ولا مماثلة بجميع الوجوه بين البيع والخلع
لان احدهما مبادلة المال بالمال يجري فيه الربح والغبن دون الآخر قوله لما روينا من النص
فيقتصر على المدة المذكورة وانتفت الزيادة اي يثبت على الانتفاء الاصلي وفي بعض الشروح
لانه عليه السلام قدره بثلاثة ايام وهذا التقدير لا يمنع النقصان فيمنع الزيادة ولانه لا يكون
للتقدير فائدة وما نص عليه الشرع لا يخلو عن فائدة والجواب عن الاثر انه يحتمل بيان
انه اجاز خيار الشرط ولعل مراده خيار الرؤية او خيار العيب وما ذكره محكم فلا يترك
بالمحتمل كذا في الكافي واعترض عليه بالتنصيص على الثلاث لا يقتضي نفي ما عداه وان كان
مقرونا بالعدد فلا يكون في الحديث دلالة على انتفاء الزيادة فيجوز ان يثبت الزيادة بالاثر

علي ان الاثر قوله ولي الخيار ثلثة ايام نقل الشيخ ابو بكر بان هذه الزيادة لم تثبت عن النبي
عليه السلام فلا يقوم به الحجة لا نزوى بانه لو حمل الاثر على خيار الرؤية او العيب لم يكن
لقوله الى شهرين فائدة اجيب عن الاول ان التنصيص لا يدل على نفي ما عداه الا اذا
دل الدليل وهو ان التقدير الشرعي يمنع الزيادة والنقصان كما في الحدود واحدهما كما في
مدة الحيض وهنا لا يمنع النقصان بالاجماع فيمنع الزيادة والا يلزم خلو التقدير عن الفائدة وعن
الاخير بان قوله الى شهرين يحتمل ان يكون متعلقا بقوله اي يجوز خيار الرؤية والعيب بعد مضي شهرين من
وقت العقد ويحمل على حكاية الفعل كان رجلا اشترى شيئا ورآه او اطلع على عيبه بعد مضي شهرين
فاثبت ابن عمر رضي الله عنه له الخيار بحكم الرؤية او العيب فلا يبطل بقوله شهرين فائدة اي
يحتاج اي اخراج الفائدة له اذا لم يحمل على الحكم المطلق فتأمل وقد اجيب عن الاثر بانه دون ح
الخبر فلا يعارضه وفيه نظر لان المروي عن الصحابة اذا لم يعقل معناه فهو كالمروي عن النبي
عليه السلام يجوز ان يعارضه صرح بذلك المصنف رح في اول كتاب الديات حيث
قال وابن مسعود قال بالديات ارباعا كما ذكرناه وهو كالمرفوع فيعارض به اي قول ابن مسعود رضي
الله عنه كالمرفوع لكونه غير معقول المعنى فيعارض ما روينا من الحديث باثر ابن مسعود فهذا
تصريح بان الاثر اذا كان غير معقول المعنى فهو كالخبر يعارض الخبر به وغاية ما يمكن هنا ان يقال
ان الخبر يدل على انتفاء الزيادة لانه عليه السلام قال اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة
ايام فقد امر بهذا القول عند البيع وهو للوجوب وهو القول غير واجب بالاجماع فينصرف الوجوب ب
الى قوله ثلثة ايام فيجب عليه في شرط هذا العقد على ما عرفت قوله الخبط بالخبط مثلا بمثل
ثم وجوب مراعاة هذا العدد يقتضي انتفاء الزيادة والنقصان ولكن النقصان جائز بالاجماع
ثم لما اقتضى هذا الحديث انتفاء الزيادة واقتضى الاثر جوازها تعارضا فاخذنا بالاقل المتيقن
ثلاثة او رجعنا الى القياس وهو ان شرط الخيار انما يجوز بلا العذر والتلف هو المعتبر فيه
على ما عرف في موضعه وما ذكر الشيخ ابو بكر بان هذه الزيادة وهو قوله ولي الخيار ثلثة ايام ليست بثابتة من النبي
عليه السلام فقد قال ابن التركماني ان حديث ابن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين لم اره فاستوى الحديث
والاثر في التضعيف قوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فان قيل لا نسلم بل باعتبار اشتراط الخيار في
اليوم الرابع وقد وجد الاشتراط في الحال فلا يتوقف الفساد على وجود اليوم الرابع اذ المفسد هو اشترا ط
الخيار زيادة على ثلثة ايام لا وجود الزيادة اجيب بان اشتراط الخيار انما يفسد العقد لانه يوجد الخطر لكن
في الايام الثلاثة عفو فكان المفسد هو الخطر في اليوم الرابع ولم يوجد بعد فلا يفسد لا يتأخر الفساد

من حيث انه شرط لا يقتضيه العقد وهذا الشرط يتحقق بمجرد الاشتراط قبل دخول اليوم الرابع فيجب ان يفسد
لانا نقول بان شرط الخيار قد صار متعارفا والمتعارف من الشرط لا يفسد فلم يبق للفساد وجه الا الخطر
وخطر الايام الثلاثة عفو فيكون المفسد هو خطر اليوم الرابع ولا يتحقق قبل وجوده فيتوقف الفساد
عليه فعلى هذا المعنى قوله باعتبار اليوم الرابع اي باعتبار الخطر الثابت في اليوم الرابع والله اعلم قوله
والاصل فيه ان هذا في معنى شرط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ فان قلت هذه الحاجة تقتضي
اشتراط الخيار ثلاثة ايام فانه ان لم ينقد الثمن يفسخ البيع في ثلاثة ايام حتى يجوز بيعه من غيره اجيب
بالمنع اذ الغرض الذي شرع له هذا النوع من البيع لا يحصل بشرط الخيار ثلاثة ايام حتى يكتفى به وذلك
انه شرع لدفع ضرر المماطلة عن النقد والمماطلة انما يظهر بعد وجوب الثمن وتوجه المطالبة واذا كان
الخيار للبائع فالثمن لا يدخل في ملكه ان كان عينا ولا يجب على المشتري ان كان دينا فلا يتصور
اشتراط الخيار لاجل الفسخ عند المماطلة فلا يقتضي هذه الحاجة فلا بد من شرعية هذا النوع من البيع ٢
فاجيب في الشرح بان الضرورة باقية لان على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يملك الفسخ الا
بحضرته وعسى لا يقدر على الفسخ بحضرته هذا لفظه فان قلت فما الوجه على قول ابي يوسف رحمه الله وانه
يجوز الفسخ في خيار الشرط بغير محضر منه اجيب بان ابا يوسف رحمه الله اخذ في المنصوص اي في شرط
الخيار وهذا النوع من البيع بالنص فلا نقول بالحاق الثاني بالاول فلا يحتاج على قوله الى بيان الفائدة ه
لان ما يثبت بالنص واجب القبول سواء عقل معناه اولا نعم يشكل ما ذكره الشارح من وجهين احدهما
ان الحضور انما يشترط للفسخ بالقول اما الفسخ بالفعل مثل ان يعرضه للبيع او يتصرف فيه تصرف
الملاك فلا يتوقف على العلم والحضرة فيتمكن للبائع ان يفسخ البيع فعلا بحكم الخيار اذا لم ينقد المشتري
الثمن بغير محضر منه وجوابه ان الفسخ بالفعل ربما لا يتيسر للبائع اما الفسخ بالقول فيتيسر على كل حال
على انه قد روي عن محمد ما يدل على اشتراط الحضور في الفسخ بالفعل ايضا في المنتقى عن محمد رحمه
الله ان البائع اذا عرض المبيع على البيع لا يبطل خياره وعلله بقوله لان نقضه لا يجوز بغير محضر
من المشتري والثاني انه ذكر في الفوائد الظهيرية انه اذا لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام يفسد البيع ولا
ينفسخ حتى لو اعتقه المشتري وهو في يده ينفذ عتقه وان كان في يد البائع لا ينفذ فاذا فسد البيع بعدم م
النقد لم يتمكن البائع من فسخه الا بحضرته عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رح ايضا لان حضرة الاخر
شرط عندهما للفسخ في البيع الفاسد كما في البيع بشرط الخيار فلا يكون في هذا البيع فائدة الفسخ بغير محضر
منه عند عدم النقد الا ان يمنع ما ذكر في الظهيرية على رواية الهداية فان ظاهر لفظه يقتضي ان ينفسخ
العقد بمجرد عدم النقد في ثلاثة ايام او نقول ... انه في البيع الفاسد وان كان لا يتمكن من الفسخ الا بحضرة
الاخر لكن مدة الفسخ غير مقدرة فيمكنه الفسخ متى وجده وفي البيع بشرط الخيار مدة الفسخ مقدرة
بثلاثة ايام فعساه لا يتمكن من الفسخ بمحضره حتى مضت المدة فيلزم البيع فيتضرر البائع قوله
عن المماطلة في الفسخ اي موافقة المشتري في فسخ البيع او لم يشترط الانفساخ عند عدم النقد لاحتياج ع

الى الفسخ وعند ذلك المشترى ربما يماطل فى الفسخ ولا يرضى به فيتضرر البائع باعتبار عدم استرداده المبيع
فجوز البيع بهذا الشرط دفعا للضرر عن البائع وتمكينا له من الفسخ ان احتاج اليه قوله فيكون
ملحقا به فان قلت لو سكت عنه حتى مضت المدة ينفسخ البيع فما يكون فى معناه فلم الا اعتبار فى
كون شى بمعنى اخر لما هو المقصود منهما لا لمعنى زائد ثم هذا الشرط من حيث المقصود لشرط الخيار لانه
ان شرط الخيار ليروى النظر انه فيه ويكون مخيرا فى الايام الثلثة بين الفسخ والامضاء وبهذا الشرط لا
يحصل الا هذا المقصود والشرع جوز شرط الخيار لهذا المقصود فالحق به ما فى معناه فى ذلك المقصود
كذا فى الشرح فان قلت كيف يحصل هذا المقصود بهذا الشرط والبائع بهذا الشرط لا يمكن نفسخ
البيع فى المدة اجيب بان البائع وان لم يتمكن منه كان من ترك النقد فيتمكن كان له اجازة الفسخ والنقد اجازة
الامضاء ولو اشترى عبدا ونقد الثمن على ان البائع ان رد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بيننا جاز
البيع بهذا الشرط ويصير كالبيع بشرط الخيار للبائع فظهر ان اشتراط الانفساخ على تقدير عدم النقد بمنزلة
شرط الخيار للمشترى واشتراط على تقدير رد الثمن كشرط الخيار للبائع فثبت ان المقصود بهذا
الشرط ما هو المقصود بشرط الخيار قوله وابو يوسف رحمه الله اخذ فى الاصل اى فى شرط الخيار بالاثر
وهو حديث ابن عمر رضى الله عنه انه اجاز الخيار الى شهرين وفى هذا اى فى شرط الانفساخ على
تقدير عدم النقد بالقياس او اخذ ابو يوسف فى الاصل اى فى ثلثة ايام بالاثر اى باثر ابن عمر رضى
الله عنه بانه روى انه باع ناقة له من رجل بشرط انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بيننا
وفى هذا اى فى الزائد على الثلث بالقياس لانه لم يرد فيه نص والقياس
يقتضى عدم الجواز لان هذا بيع وشرط وقد نهى عن ذلك النبى عليه السلام وهذا الوجه اى
الوجه الثانى اولى فى نقل مذهب ابى يوسف رحمه الله لانه ذكر فى المبسوط فى الفرق فقال
ان القياس ما قاله زفر فان هذا الشرط ليس فى الحكم بمعنى شرط الخيار ولكنا تركنا القياس
فى ثلثة ايام بقول ابن عمر فيما زاد على ذلك اخذنا بالقياس قلت ولكن ابا
يوسف رحمه الله اخذ فى الموضعين بالنص ولم يجعل شرط الخيار اصلا لاشتراط الانفساخ
على تقدير عدم النقد ولو كان الحكم فى هذا بالقياس على شرط الخيار لما اختلف حكمهما عنده
فلما لم يكن شرط الخيار ملحقا به على قوله لا يستقيم تسميته اصلا ولا ايضا يكون
المراد به هو الثلث وانما سمى الثلث به اصلا لاتفاقهم على جوازه قوله لان تمام هذا
السبب فيتم بالتسليم بالمراضاة ولا يتم بالخيار فان قلت هذا السبب
قد يتم بدون المراضاة كبيع المكره فانه يتم بالتسليم حتى يملك المبيع ملكا فاسدا عند علمائنا
الثلثة ولا مراضاة ثم اجيب بالتزام ان بيع المكره ايضا غير تام لفوات المراضاة
غير ان عدم المراضاة لما كان فى بيع المكره باعتبار امر خارج لا بنص قائم فى العقد اثر فى انعدام
وصف الحكم وهو الصحة ولم يؤثر فى اصل الحكم وفى البيع بشرط الخيار عدم المراضاة بنص

بنص قائم فى العقد فيكون اقوى من الاول فيؤثر فى اصل الحكم فان قلت قد
ذكر فى بعض المواضع ان خيار الشرط يمنع ابتداء الحكم وهو يشير الى انه لا يمنع تمام العلة لانه
ذكره بمقابلة ما يمنع تمامها هنا وقوله ولا يتم مع الخيار يدل على
انه يمنع تمام العلة اجيب بان المراد بالتمام هنا ان يكون سببا اسما ومعنى وحكما وذا لا يكون
الا بالمراضاة ولا مراضاة مع الخيار فلا يتم السبب معها وما ذكروا فى بعض المواضع من ان العلة
تامة والخيار يمنع ابتداء الحكم فالمراد به التمام بمعنى انعقاده للحكم قوله لا اجتمع البدلان فى ملك واحد
حكما للمعاوضة هذا احتراز عن الضمان فى غصب المدبر حيث اجتمع البدلان هنا فى ملك واحد فان الغاصب
لو غصب المدبر وابق من يده يجب الضمان على الغاصب ولا يخرج المدبر عن ملكه فكان المدبر
وعوضه وهو الضمان مجتمعين فى ملك المدبر ولكن ذلك ضمان جناية لا معاوضة وانما لم يثبت الملك
للغاصب فى المدبر صيانة لحق المدبر فانه غير قابل للنقل من ملك الى ملك وكان ضمان جناية لا ضمان معاوضة
وكلامنا فى الذى يقبل الانتقال بحكم المعاوضة حتى صح البيع وجب ان لا يجتمع البدلان فى كل واحد
بحكم المعاوضة كذا فى الشرح قلت وقد ذكر فخر الاسلام رحمه الله فى ضمان المدبر طريقين
احدهما انه يزول عن ملك المولى لكونه مالا مملوكا تحقيقا لشرط الضمان ولا يدخل
فى ملك الغاصب صيانة لحقه والثانى ان ضمان المدبر جعل مقابلا بالفائت وهو
اليد دون الرقبة وهذا اى جعل الضمان مقابلا بتفويت اليد طريق حسن لكن لا يصار اليه
عن المقابلة بالرقبة الا عند العجز والضرورة فالطريق الاول اى مقابلة الضمان بالرقبة
واجب وهذا اى جعل الضمان مقابلا بتفويت اليد حسن كذا فى البزدوى وحواشيه فما ذكر
فى الشرح ان هناك يجتمع البدلان فى ملك واحد لا يمكن ان يستقيم على الطريق الاول
لان المدبر على الطريق الاول يخرج عن ملك المدبر فلا يجتمع فى ملك المدبر وعوضه ولا على الثانى
لان البدل على الطريق الثانى هو الاول وهو غير ثابت للمدبر فلا يجتمع البدلان فى
ملكه ايضا غاية ما يمكن ان يقال هنا ان المراد باجتماع البدلين فى ملك واحد ثبوت
الملك لاحد المتعاقدين فى احد البدلين وعدم ثبوت ملك الاخر فى البدل الاخر لان اجتماع
البدلين فى ملك يستلزم ذلك فذكر الملزوم واراد اللازم وذلك لان حمل الكلام على حقيقته غير
مستقيم فيما اذا كان الثمن دراهم او دنانير لانهما لا يتعينان فى العقود وما فى ملك المشترى من
الدراهم المعينة ليست بدل المبيع بعينه فلا يستقيم فى هذه الصورة القول باجتماع البدلين
فى ملكه على تقدير دخول المبيع فى ملكه فلا بد وان يراد ما ذكرنا وعلى هذا يصح قوله حكما للمعاوضة
احترازا عن غصب المدبر لان هناك يثبت الملك لاحدهما دون الاخر الا انه ضمان جناية لا معاوضة
وضمان الجناية للعبد يقع بمقابلة الفوات ولكن نقول المدبر يخرج عن ملكه اما ضمان المعاوضة
فبمقابلة المتفاوضات ولا مساواة الا بان يملك كل واحد من المتعاقدين العوض فان قلت جاز ان

ان ثبوت المساواة في عقد المعاوضة اذا وجد دلالة الرضا بفوات الامرين انه لو باع عبدا بخمر
يملك العبد بالقبض ولا يملك الخمر لانه لو باعه بخمر مع علمه بانها لا تملك بالبيع فقد رضي بفوات
المساوات كذا اذا شرط في الخيار للمشتري وحده مع علمه بان زوال الملك لا الى احد غير معهود د
فقد رضي بثبوت الملك للمشتري وعدم ثبوت الملك له في البدل اجيب بانا لا نسلم ان ملكه
غير معهود فقد يبقى ذكر الامام التمرتاشي رحمه الله انه يجوز ان يخرج الشيء عن ملك انسان
ولا يدخل في ملك غيره كالتركة المستغرقة للديون يزول عن ملك الميت ولا يدخل في ملك الورثة
فان قلت قد صرحوا بان التركة تبقى على حكم ملك الميت عند قيام الديون عليه لحاجته الى قضائها
اجيب بانه لو اعتبر الملك الحكمي فذلك موجود فيما نحن فيه لان المبيع يدخل في ملك المشتري
نظرا الى الدليل وهو البيع قوله فيفوت النظر فان قلت فيثبت الملك للمشتري ولكن لا يجوز
الخيار للمشتري وحده اذا كان المشتري قريبه كما هو مذهب الشافعي رحمه الله فانه لا يجوز
شرط الخيار للمشتري وحده اذا كان المشتري يعتق عليه بالملك لان اثبات الخيار
يقتضي بطلانه اجيب بان النظر يقتضي جواز اشتراط الخيار مطلقا ومن ضرورته عدم
تعرض الملك للمشتري وذلك لم يثبت اذ كان لم يجوز اشتراط الخيار له وحده اذا كان
المشتري قريبه فذلك خلاف اطلاق النص والمعنى الذي شرع الخيار له وهو دفع الغبن
فانه يحتاج الى دفعه فيما اذا كان المشتري قريبه ايضا وان جاز لم يفد الخيار فائدته
فلا بد من القول بثبوت الخيار عملا باطلاق النص وتحقيقا لدفع الغبن وبعدم دخوله المشتري
في ملكه تحقيقا لفائدة الخيار رغم لقائل ان يقول الفائدة تطلب في الاعم والاغلب
لا في كل فرد فلا يبالي بتخلفها في بعض الصور على الندرة والشذوذ الا انه لا يتصور لفائدة
الخيار فيما اذا علق عتقه او اشتراه بان قال ان اشتريته فهو حر فاشتراه بشرط الخيار
فانه يعتق عليه ولا يفيد اشتراط الخيار كما لا يفيد اذا اشترى قريبه عندهما قوله
ومنها عتق المشتري على المشتري اذا كان المشتري قريبا له وقد يقال لا بد للعتق من ملك
متقرر الا يرى ان الوكيل اذا اشترى قريبه لا يعتق عليه بالاتفاق مع ان الملك يثبت له عند
البعض وانما لم يعتق لان ملك الوكيل غير متقرر لكونه في حيز الانتقال الى الموكل فينبغي ان لا يعتق
القريب على المشتري بالخيار ايضا لان ملكه غير متقرر وجوابه سيأتي في الوكالة ان شاء الله
قوله لانه كالمنشئ للعتق بعد الشراء اي كانه قال بعد الشراء انت حر فان قلت
لو كان كالمنشئ للعتق بعد الشراء لما تأدى عليه بالشراء من الكفارة قلت
انما جعل كالمنشئ بطريق الاقتضاء والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها كذا في الكافي
او يقال انه ان كان منشئا للعتق من حيث انه اختاره عند وجود الشرط بالتعليق السابق
فهو غير منشئ من حيث انه يثبت عند وجود الشرط جبرا عليه فاعتبرنا معنى الانشاء وسقوط

الخيار ومعنى الجبر في حق الكفارة عملا بالجهتين على الكفاية لما كانت عبادة وهي لا تتأدى
ط الا بالقصد والاختيار رجحنا جانب الاحتياط قلنا انه لا يتأدى بما فيه شبهة الجبر واما سقوط
الخيار فلا يتعلق بالقصد حتى انه يسقط بالعيب ومعنى الجبر جبرا عليه وليس مبناه على الاحتياط
ايضا فاعتبرنا فيه معنى الانشاء وان كان فيه معنى الجبر من وجه وفي الشرح جعلناه كالمعنى
ليصح قوله فهو حر الا انه لا يتأدى عن الكفارة لثبوت استحقاق الحرية قد ثبت له وقت اليمين فصار كمن اعتق
المدبر ناويا عن الكفارة لثبوت استحقاق الحرية له قبل ذلك وقد نظر الى الاولاد الحلوف عليه
يعتقه اذا استحق الحرية وقت اليمين استحقاق المدبر لما امتنع بيعه وهبته كالمدبر وليس
كذلك وهذا لان المعلق لا ينعقد سببا قبل وجود الشرط ولا استحقاق بدون انعقاد السبب
واما ثانيا فلانه لو اعتق المحلوف عليه بعتقه قبل نزول الشرط ناويا عن كفارته يجوز فلو ثبت له
استحقاق العتق وقت اليمين لكان اضافة كاعتاق المدبر عنها فالكلام بخلافه وجوابه ان المعلق عتقه
بالشراء انما استحق الحرية بالشراء فلا يصح نية الكفارة بشرائه اما المعلق عتقه بقوله ان دخلت الدار
فلا يستحق عتقه الا بالنظر الى الدخول فيصح نية الكفارة باعتاقه قصدا بخلاف المدبر فانه
استحق العتق مطلقا فلا يجوز بيعه وهبته واعتاقه عن الكفارة قوله وعندهما يجب
آ اذا ردت بعد القبض يعني اذا ردت قبل القبض فانه لا يجب قياسا واستحسانا فانما
يجب فيما بعده قياسا لا استحسانا لان الملك وان ثبت لكنه غير متقرر كذا في الكشف المعلم بعلامة
السابع وذكر في شرح الطحاوي وعندهما ان كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء
استحسانا والقياس ان يجب وان كان الرد بعد القبض يجب على البائع الاستبراء قياسا
واستحسانا وهكذا ذكر في الكافي واجمعوا ان العقد لو كان باتا ثم فسخ باقالة او غيرها ان كان
قبل القبض فالقياس ان يجب على البائع الاستبراء وفي الاستحسان غير واجب
وان كان بعد القبض فالاستبراء واجب قياسا واستحسانا قوله واذا ولدت المشتراة
في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد وهذا انما يحمل على ما قبل القبض اي ولدت في مدة الخيار قبل
القبض او على ان قوله في المدة ظرف لقوله لا تصير اي اذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير ام ولد ه
في مدة الخيار وانما اضطررنا الى هذا التكلف لان الرواية منصوصة في المبسوط بقوله
ان اشترى جارية على انه بالخيار ثلاثة ايام فولدت عنده فقد انقطع خياره لانها تعيبت
بالولادة هذا حاصل الشرح ولا يخفى ان حمل قوله في المدة متعلقا بقوله لا تصير
ام ولده بعيد لما فيه من الفصل بين العامل والمعمول بالاجنبي وهو قوله بالنكاح والفصل
بينهما بالظرف وان جاز فلا شك انه خلاف الاصل على انه لا يغني عن الحمل على ما قبل
القبض فلا فائدة فيه وفي النهاية والولادة وان كان عيبا في الجارية الا ان هذا
عيب حصل برضا البائع حيث اقدم على انكاحها فلا يلزم البيع وهذا اذا كانت الولادة قبل

القبض لانها لو ولدت بعده يسقط الخيار ويثبت الملك للمشتري بالاتفاق ويصير الولد
لم يعطه قلت رتب لزوم البيع على كون الولادة عيبا برضا البائع فيجب ان
لا يلزم بعد القبض ايضا لوجود رضاه كيف ورضاه بالعيب لا يربو على تعيبه بفعله والمبيع
اذا انتقص في يد المشتري بفعل البائع نقصانا يسيرا او فاحشا انبطل خياره ولزم
البيع عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد الا ان يقال ان الولادة لا جواب عما يتوهم وروده وهو ان الايلاد د
بالنكاح تعيب من المشتري وتعيبه قبل القبض او بعده يسقط الخيار بالاتفاق وتقدير الجواب
انه ان كان تعيبا من المشتري فهو تعيب منه برضا البائع حيث اقدم على انكاحها
فكانه تعيب من البائع ولو عيبها قبل القبض ينفسخ لا يسقط خياره فكذا تعيب المشتري برضاه ولكن
هذا غير مستقيم لانه لو فقأ عينها او قطع يدها برضا البائع لزم البيع فعلم ان رضاه بالعيب
لا يؤثر في عدم لزوم البيع بل الجواب ان الولادة وان كانت تعيبا من المشتري بتعيبه انما يوجب
لزوم البيع حيث انه استيلاء فيصير كانه قبضا وحدوث البيع بعد القبض يمنع الرد والولادة ليست
باستيلاء انما هي حدوث عيب فلا يلزم به البيع قبل القبض ويلزم بعده قوله او دفع عند البائع فهلك
في يده في المدة اتفاقا اذ الحكم لا يختلف بالهلاك في المدة وبعدها فعنده لو هلك في المدة او بعدها يهلك
من مال البائع وعندهما من مال المشتري الا ان يقال قوله في المدة متعلق بقوله او دفع لا بقوله يهلك
او يحمل الكلام على حذف المعطوف اي في المدة او بعدها قوله لانه ملكه عندهما وفيه نوع ت هل
لا خلاف في ان العبد لا يملك لانعدام الاهلية للملك بل المولى يملك ابتداء فلا فرق وذلك ان السبب كان
ينعقد لا جل وكان الملك يثبت له اذ المراد بقوله ملكه ملك التصرف يدا لا رقبة قوله
كان الرد تمليكا بغير عوض فيه نوع اشتباه لان الرد بحكم خيار الشرط فسخ للعقد من الاصل فيعود الى قديم ملك
البائع وهذا ليس بتمليك في شيء والرد بعدما ملك لو كان تمليكا وجب ان لا يملك رده لمحرم اذا
اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض وسيأتي في متفرقات الرهن انه لو باع عصيرا فتخمر قبل القبض بقي
البيع وتخير المشتري لتغير وصف المبيع فصار كما اذا تعيب وذلك ان العصير مملوك بالشراء ثم بالتخمر
لا يبطل الملك مع انه يتخير ان شاء رده وان شاء امسك فلو كان الرد بعد الملك تمليكا لم يصح رد الخمر بعد ما ملكها
اذ المسلم ممنوع عن تملك الخمر وتمليكها قوله لانه ملكها فلا يملكه ردها يشكل بعد تخمر العصير عند البائع
قبل القبض كما ذكرناه اللهم الا ان يمنع بقاء العقد بعد التخمر كما ذكر في بعض مواضع الكافي والاستيفاء في
اما على تقدير التسليم كما هو رواية كتاب الذهن فلا اشكال قوله ان تصرف في حق
غيره فان قلت يجب ان يشترط رضاه ايضا اذ التصرف في حق الغير كما لا يجوز بغير علمه لا يجوز بغير
رضاه ايضا قلت ان اشتراط الرضا يوجب الضرر عليه لئلا يمكن له الخيار ويرفع فائدة اشتراط
الخيار وبانه تصرف في حق نفسه من وجه وفي حق غيره من وجه فاشترط علمه ولم يشترط رضاه
عملا بالاعتبارين قوله فان فسخ لم يجز قلنا هذا اذا كان الفسخ بالقول اما لو كان

كان بالفعل كما لو اعتق المبيع او وهب او اجر فلا يتوقف على العلم وذلك انه لا بد من نفاذ هذه التصرفات
لصدورها في ملك البائع ومن ضرورة نفاذها انفساخ العقد والضرورات لا مرد لها فيجب
القول بثبوتها وان كان فيه اضرار الضرر لصاحبه اذ الضرر انما يجب دفعه اذا امكن كما في الفسخ
بالقول اما اذا لم يمكن كان محتملا بالضرورة هذا وذكر في المنتقى عن محمد رحمه الله انه اذا
عرض المبيع للبيع لا ينفسخ البيع لان دلالة الفسخ لا تربو على حقيقته وحقيقته لا تنفسخ بدون علم
صاحبه فبدلالته اولى قوله ولا يبرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع الاول
فيتلف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع فان قيل لو لم ينفرد
بالفسخ يلزم الضرر ايضا وهو ان يختفي الذي ليس من جانبه الخيار حتى تمضي مدة الخيار فيلزمه
العقد او ان يتعذر الخيار قلنا هذا الضرر انما لزمه لانه بتقصيره باخذ الكفيل
من صاحبه فكان ضررا مرضيا بخلاف ما نحن فيه كذا في الشرح فان قيل
اخذ الكفيل لا يفيد لاحتمال ان يختفي الكفيل ايضا فلا يتمكن الكفيل عن احضاره في المدة فيلزم
البيع ايضا اولى قلت لم يرد بالكفيل الكفيل بالنفس بل اراد به ما ذكر في المحيط بقوله
قال هشام لمحمد رحمهما الله اشترى شيئا على انه بالخيار ثلاثة ايام فاختفى البائع كيف
يصنع المشتري قال ان اراد ان يستوثق ينبغي ان يقول للبائع حتى يقيم له كفيلا ممن يجب
المشتري ويرضاه ان رد البيع ونقض خياره فرده يكون عليه جاز او ذكر في المحيط في
موضع اخر قال هشام سالت محمدا عن رجل باع دارا على انه بالخيار ثلاثة ايام فتوارى
المشتري في بيته اراد ان يمضي الثلاثة ثم يجب البيع هل يؤخذ بهذا الاعذار قال
نعم ابعث اليه من يغرمه فان ظهر والا ابطلت خياره الا ان يجي في الثلاث قلت فان لم يأت
الخصم حتى كان اخر الثلاثة الايام اتاك في وقت لا تستطيع ان تبعث اليه من قبلك
الاعذار فلك ان تبطل الخيار عليه قال لا ابطل ذلك قلت فان قال الخصم اني قد اعذرت
اليه واشهدت فاصنع ما شئت فاشهد لي بذلك قال اقول اشهدوا ان هذا قد زعم انه قد اعذر
الى صاحبه في الايام الثلاثة كان يأتيه كل يوم فيعذر اليه فيختفي منه فان كان الامر كما قال
فقد ابطلت عليه الخيار ثم لغلط فاذا امكن ان يكون له الخيارات يرافع الامر الى بعض ويدفع الضرورة
عن نفسه على هذا الوجه كان اشتراط العلم والحضرة سببا لدفع الضرر البتة نعم لو لم يرافع الامر الى
القاضي الى اخر الايام الثلاثة بحيث لم يتمكن القاضي في تلك المدة من الاعذار اليه لزمه ضرر بتقصيره فيكون
ضررا مرضيا به قد يقال لا ضرر من له الخيار عند غيبة صاحبه بلزوم البيع عليه عند التمكن من الفسخ
بالفعل وصولا يتوقف على العلم ولكن هذا انما يتاتى اذا كان الخيار للبائع او للمشتري لا يمكنه
فسخ البيع بالفعل قوله فيما اذا كان الخيار للبائع وقد يقال هذه الصورة انما يتحقق
اذا كان للمشتري فيما اذا كان البائع بالخيار اذا كان المشتري قد قبضه فاما اذا لم يقبضه فلا يمكن

هذا الفرق اجيب بان الفرق غير منحصر على ما ذكر فبطلان تصرفه في الاعتاق والتدبير نوع الضرر
والمشتري ربما يعتمد تمام البيع فيعوق المبيع عن كفارته او ظهاره فلو صح الفسخ بلا علم منه تضرر
بان تصرف اذا ثبت ان البائع كان قد فسخ البيع ومنه ضرر على ما لا يخفى قوله ولنا
ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة ولا يتصور انتقاله فان قلت قال عليه السلام من
ترك مالا او حقا فلورثته والخيار حق فيورث ان يورث قبل المراد بالحق هنا هو الحق الذي
يقبل الانتقال كخيار العيب والتعيين كذا في الشرح وفيه نظر لان خيار العيب والتعيين
لا يقبل الانتقال كيف والخيار مشيئة وارادة ولا يتصور انتقاله واما ثبوت هذين الخيارين
للوارث فليس بطريق الانتقال بل بطريق الابتداء كما سيجي تحقيقه فلا يستقيم قوله
كخيار العيب والتعيين تمثيلا للحق الذي يقبل الانتقال ثم الظاهر في الجواب ان يقال
ان النبي عليه السلام جعل لورثته ما ترك من الحق وقد دللنا على ان الخيار لا يحتمل التركة
حيث لا يحتمل البقاء بعد موته فلا يتناوله النص ثم قال الشارح فان قيل قد يثبت الحق
ارثا من المورث الى الوارث بدون ان ينتقل عين الحق اليه كما اذا مات ولي القصاص
ينتقل حق القصاص الى وارثه قلنا لا ينتقل بل يثبت ابتداء لسبب في العين فلا يمكن ان يحمل
الخيار كالقصاص لان الخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط فلا يثبت
في حقه اما سبب القصاص فانه يشمل الكل الا ان المورث يتقدم على الوارث فكان الاستيفاء
له فاذا مات فقد ذهب المتقدم فيخلفه من هو اقرب اليه لعله كانت ثابتة للتخليف قبل موت
المورث ثم لفظه قلت هذا يناقض ما ذكره المصنف رحمه الله في الجنايات من قوله فان
عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان
لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي فيهما رحمهما
الله في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت
ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امراة اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري
فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان دية القصاص بين الصبي وبين
الابن فيثبت لسائر الورثة واذا ثبت هذا الحكم فلكل واحد منهم التمكن عن الاستيفاء
والاسقاط صلحا وعفوا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه
لانه لا يتجزى الى هنا لفظه فقوله حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصبي
وبين الابن تصريح بانه اذا مات ولي القصاص يثبت القصاص لوارثه على سبيل الانتقال
والوراثة دون الابتداء بعلة كانت ثابتة للتخليف قبل موت المورث اذ لو كان الثبوت بطريق
الابتداء لكان ينبغي ان لا يثبت القصاص لان الابن مع وجود الابن يتقدم عليه كما لا يثبت
ولاية التزويج للابعد مع وجود الاقرب وهكذا ذكر في الزبدة وفي الفصل السابع من كتاب

كتاب الجنايات اجيب قال والاصل قوله عليه السلام من ترك مالا او حقا فلورثته ولم يفصل والمعنى
فيه ان القصاص يجري فيه الارث فيرثه الورثة من ورثته قياسا
على سائر الحقوق التي يجري فيه الارث وبيان انه يجري فيه الارث ان المقتول اذا مات
وترك ابنين صبيين وصار القصاص بينهما ثم اذا مات احدهما وترك ابنا كان للعبد الكبير ان يقول
الى ابنه بخلاف فصل الولاء فانه لا يجري فيه الارث حتى ان المعتق اذا مات وترك ابنين ثم مات
احدهما وترك ابنا فان ما كان للميت الذي لا يصير لابنه بل يكون جميع الولاء للابن الباقي من ابني الميت
الاول هذا الكلام فيثبت بهذه الرواية ان ما ذكره الشارح في محل تأمل ويكون ان يقال
ان القصاص انما يورث لانه في معنى ملك العين لانه يملك به اتلاف العين وملك الاتلاف
ملك العين عند الناس فان الانسان لا يملك شرا الطعام الا الاتلاف وهو الاكل فصار ملك
القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيملك الوارث في حق استيفاء القصاص كذا في الجامع
الصغير ذكره الشارح في باب حد القذف ويشعر قول المصنف في الصلح ان القصاص
ملك المحل في حق الفعل فصح الاعتياض قوله بخلاف خيار العيب توضيح ان الخيار في مسئلتنا
هو الحكم الاصلي وحكمه راجع الى العقد فلا يبقى الحكم بدون اصله وفي العيب الحكم بالمبيع صفة سلامة
استحقها المشتري وحكمه عند عدمها اثبات الخيار بالمبيع فاوجب للوارث لما
قام مقامه في ملكه كانه هو اقامه مقامه في النسب الا يرى ان الوكيل بالشرى اذا اشترى على
انه بالخيار لو ثبت للموكل ثبوت الملك وكذلك خيار الرؤية لا يورث عندنا ولكنه ثبت
للمشتري لانه ملك المبيع المجهول الوصف لعدم الرؤية والوارث بعد موته قام مقامه كان
نائبا عنه في الملك كانه هو وكذلك اذا اشترى احد الثوبين على انه بالخيار يأخذ ايهما شاء
بعشرة دراهم فمات احدهم يورث الخيار بالشرط ويسقط بالموت ولكن ورث المبيع وهو مجهول فيثبت
له خيار التعيين فصار الاصل ان خيار الفسخ مبني على ان يوصف ثابت بالمبيع ثبت للوارث بانتقال
المبيع اليه بوصفه فيثبت له خيار مستند الى الموروث وخيار الاقالة ومن ثبت له الخيار اصلا بالشرط
او بصفقة لم ينفذ حكمه الى المبيع صح وانقطع بالموت وارتفع حكمه لان نفسه لا يورث وهو عليه
فكذلك حكمه لم يورث وكذلك نقول ان خيار الشفعة لم يورث لانه مبتدأ للشفيع بين ان يأخذ
المبيع وان يدعه يملكه كان له عند الشراء لا بالقائم عند الاخذ والخيار لا يورث على ما مر والملك
القائم عند الشراء لم يصر للوارث وانما بقي له ما بقي بعد موته قوله لا اختلاط ملكه بملك الغير وهذا لان الملك
يثبت للوارث ابتداء خلفا عن المورث لبطلان اهليته للملك للمورث فلا يبقى ملكه الا فيما ينقض
به حاجته ومعنى ثبوت الملك بطريق الخلافة ان يثبت الملك له ابتداء خلفا عن الميت لانه يقوم
مقامه وقد بطلت اهلية الملك للمورث فينتقل الى الوارث فيثبت الملك للوارث ابتداء خلافة
عنه وصار كالوكيل بالشرى اذا اشترى يثبت الملك للموكل ابتداء خلفا عنه اي بدلا عنه

كذا في الحاشية وفيه نظر لما قد تقرر من الفرق بين الوراثة والخلافة والرواية ان يثبت
الحق للمشتري بطريق الانتقال من المورث بعد ما كان ثابتا له حتى ينتصب احد الورثة
خصما عن الباقين والخلافة ان يثبت الحق للخليفة ابتداء حتى لا ينتصب احد الخلفاء خصما عن
الآخر ولهذا اختلف ابو حنيفة واصحابه فيمن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة
على القتل ثم قدم الغائب هل يعيد البينة فوقع عند ابي حنيفة رحمه الله ان طريق القصاص
طريق الخلافة والاثبات ابتداء فلا ينتصب احدهما خصما عن الآخر بغير انابة وتوكيل كما في
سائر الحقوق فيعيد البينة بعد حضوره ووقع عندهما ان طريقه طريق الوراثة كما في الدين ينتصب
احد الورثة خصما عن الباقين وسيأتي تحقيقه في الجنايات فظهر ان ما ذكر في الحاشية من ان ملك
الوارث يثبت ابتداء خلافة غير ظاهر الصحة ثم في قوله لاختلاط ملكه بملك الغير بحث اما اولا فلان
الاختلاط يقتضي ان يشترك فيه كما لو اشترى ثمار البستان مطلقا فاثمرت ثمرا آخر بعد القبض فان
هناك يشترك فيه للاختلاط ولا يثبت الخيار كذا ههنا واما ثانيا فلان الخيار لو كان للمشتري
باعتبار الاختلاط لكان للبائع الخيار ايضا لان ملكه ايضا مختلط بملك المشتري وليس له الخيار
وجوابه ان الاختلاط انما يوجب الاشتراك عند تعذر التمييز ولا تعذر ههنا لتمكن الوارث القائم
مقام المشتري من التعيين لا بطريق ان الخيار يورث بل باعتبار ان الخيار قد ثبت للمورث
بالشرط ليتمكن من تمييز المبيع المختلط بغيره والوارث قد قام مقامه في ملك المبيع مختلطا بغيره فكان
الشرط في حق المورث لقيامه مقامه بخلاف خيار الشرط فانه ما ثبت لوصف المبيع حتى يثبت في حق
الوارث القائم مقامه في ملك المبيع بل لمعنى يرجع الى العاقد من عدم الاهتداء في البيع ودفع الغبن
والوارث لا يقوم مقامه في هذا المعنى فلا يثبت ذلك الشرط في حقه فلو ثبت الخيار له لثبت
بطريق الانتقال والوراثة وانه لا يقبل هذا الوصف وبهذا التقرير سقط الشبهة فتأمل
وقد يجاب بانا نسلم ان خيار التعيين لا يتوقف في حق الوارث فلو كان ثبوته في حقه بحكم ان الشرط
في حق مورثه شرط في حق الوارث فلو كان على ما قررت لتوقف في حكمه ايضا كما توقف في
حق المورث قوله لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فان قلت فينبغي ان يثبت في البيع عند
اشتراطه لكونه من مواجبه قلت ان معناه ان الخيار لو شرط في العقد يصير حقا من حقوقه وواجبات
واجباته لا انه من مواجبه قبل الشرط حتى يثبت بدونه قوله ولنا الى آخره فان قلت قد
يثبت من حقوق العقد لغير العاقد الا يرى ان الملك يثبت للمولى بشراء العبد المأذون
وللموكل بشراء الوكيل ولا يثبت الملك للعبد ولا للوكيل في الصحيح مع ان الملك من اقوى حقوق
العقد ومواجبه لكونه موضوعا فلم لا يثبت النيابة فيه لغيره من غير ان يثبت للعاقد فلان يثبت
في غيره مما لم يوضع العقد له اولى فليثبت الخيار ايضا للعاقد من غير ان يثبت للعاقد كالملك قلت
نعم لكن اذا كان ثبوت الحق لغير العاقد بطريق الخلافة عن العاقد جبرا من الشرع بان تعذر ثبوته

ثبوته للعاقد فيخلفه من هو اقرب الناس اليه كالمولى والموكل فاما اذا كان ثبوته لغيره بطريق
الانابة من العاقد وتسليط منه فلا بد وان يثبت اولا للعاقد ثم لغيره اذ لا يتصور
التسليط على تصرف الا ممن يملك ذلك التصرف الا يرى ان التوكيل لما كان انابة لا يصح
الا فيما يملكه الموكل والخيار انما يثبت لغير العاقد بانابة من العاقد وتسليط منه فلا بد و
ان يثبت اولا للعاقد ليصح منه تسليط غيره عليه وذلك لانه لا معنى للخيار سوى ولاية
الفسخ والامضاء واثبات هذه الولاية لغيره فرع ثبوتها لنفسه فاذا ثبت ذلك لغيره
اقتضى ذلك ثبوته له فيجب القول بثبوته له ثم لغيره وهو المطلوب فان قيل نسلم ان شرط الخيار
لا يثبت الا بالشرط وهذا يسمى شرط الخيار والشرط من حيث انه يتعلق بالكلام اجنبي
ولا يثبت بالاقتضاء الا لما كان من الامور الحكمية الا يرى ان القبض في
الهبة لا يثبت مقتضى لانه حسي فكذا شرط الخيار الا ان جوابه ان حاصل شرط الخيار انما هو
اثبات ولاية الفسخ والامضاء وهذه الولاية ربما يثبت شرعا من غير ان يكون هناك
لفظ يدل على ثبوته فيثبت هذه الولاية للعاقد يقتضي اثباتها لغيره قوله فيقدم
الخيار له اقتضاء فان قيل فعلى هذا خيار الذي هو اصل ثابت بالاقتضاء وشرط المقتضى
ان يكون احط رتبة من المقتضي الذي هو المذكور اجيب بان المراد بالاصل الذي لا يثبت
اقتضاء هو ما لا يحتمل ان يتقدر بقدر الضرورة بحيث لا يظهر فيما وراء الصحيح المذكور ويسقط بسقوطه و
بالتبع ما يحتمل وذلك يسقط بسقوط المذكور وذلك لان المقتضى ضروري فلا بد وان يكون بمعنى هذا
المعنى فالامر بالايمان لا يثبت مقتضى الامر بالتكليف بالعبادات لانه لا يحتمل السقوط بسقوط العبادات
وكذا التحرير لا يثبت مقتضى الامر بالتكفير بالمال لانه لا يحتمل ان يتقدر بقدر الضرورة بحيث يظهر
في حق التكفير ويبقى فيما وراءه وكذا لا يحتمل السقوط عند سقوطه وخيار العاقد يحتمل
ان يثبت بحيث يسقط بسقوط خيار الغير فيصلح مقتضى وقد يجاب بان الاصل هو ما يكون
ركنا للمذكور او شرطا له كالاهلية كالايمان فانه لا يثبت بالامر بالعبادات اقتضاء لان
اهلية العبادات لا يثبت الا به وكذا الحرية لا يثبت بالامر بالتكفير بالمال فيما اذا قال
لعبد كفر يمينك بالمال لان اهلية التكفير بالمال انما يكون بالحرية والمراد بالتبع الذي
يثبت مقتضى هو ما لا يكون ركنا ولا شرطا اصليا يتوقف عليه الاهلية بل يكون امرا
زائدا كالملك بالاعتاق اذ ليس هو ركنا للاعتاق ولا يتوقف عليه اهلية الاعتاق اذا ثبت
هذا نقول ثبوت الخيار للغير على سبيل النيابة يتوقف على ثبوت الخيار للعاقد توقف الاعتاق
على الملك لا توقف التكفير بالمال على الحرية لان اهلية الخيار للنائب لا يثبت بخيار
المنوب بل الاهلية ثابتة له قبل ثبوت الخيار ولكن خيار الشرط للعاقد شرط لثبوت الخيار لغيره
على سبيل النيابة والشروط يثبت بالاقتضاء وفيه نظر لان البيع لا يثبت مقتضى في قولنا كاتب

عبدك علي بالف مع انه ليس بركن للكتابة ولا شرط لاهليتها فالمراد بكون المقتضي تابعا هو
ما ذكرنا والبيع لا يحتمل ان يثبت في ضمن الكتابة بحيث يبطل ببطلان الكتابة عند
العجز وبتقدير تقديرها فلا يثبت بدون اللفظ وغير العاقد اصل في اللفظ يقتضيها واجاب
الشارح بان الاصالة قد تثبت لغير العاقد حيث ان شرط الخيار لا يثبت بدون اللفظ وغير العاقد قد
اصل في اللفظ لانه يثبت له الخيار باللفظ قصدا فاستوى مع العاقد فجاز ان يثبت خيار
العاقد اقتضاء اما الحرية فليس من خواص اللفظ لثبوتها في شرى القريب ووراثته بدون اللفظ
فكان الحرية خالية عن صحة التبعية فلا يثبت في ضمن ما هو تبع وفيه نظر لان شرط الخيار لما كان
بحيث لا يثبت بدون اللفظ كان للفظ من لوازمه كالقبض في الهبة واللفظ اخص حتى لا يمكن
اثباته فاذا تعذر تقدير اللفظ اقتضاء تعذر تقدير شرط الخيار للعاقد ايضا اذ الشيء لا يثبت
بدون لوازمه التي لا ينفك عنه لا يقال انه لا يراد ان شرط الخيار لا يثبت الا بوجود اللفظ
في حق من يثبت له بل المراد انه لا بد من اللفظ الدال على ثبوت الخيار اعم من ان يكون ذلك
اللفظ في حقه او في حق غيره بخلاف الحرية فانها قد تثبت من غير لفظ دال عليه كما في شرى القريب
وشرائه لانا نقول حتى لم يتوقف الخيار على ثبوت اللفظ في حق من له الخيار لم يكن من خواص
اللفظ اصلا وايضا الشارح اثبت الاستواء بين العاقد وغيره وهذا لا يدفع الاعتراض بان
شرط المقتضي ان يكون احط رتبة من المذكور لا يقال بان التبعية من وجه تكفي والعاقد تابع من حيث
اللفظ لانا نقول ان الاصالة من وجه تمنع ثبوته اقتضاء فلا يثبت بالاقتضاء على الشك وايضا
الخيار قد يثبت للعاقد بدون اللفظ كما اذا تفرقت الصفقة عليه او علم بعيب المبيع في المجلس
بعد ان لم يكن عالما فصار كالحرية قوله وقيل الاول قول محمد رح والثاني قول ابي يوسف رح
واستخرج ذلك مما اذا باع الى اخره قلت ذكر ابن سماعة رح وفي النوادر انه كتب الى محمد بن
الحسن ارايت رجلا مات وباع رجل من تركته متاعا في صحته ورثته بعد ذلك الى القاضي فاقام
الرجل البينة ان فلان القاضي اجاز جميع ما باع فلان من تركة فلان ولم توقت البينتان او
وقتت واحدا فقال محمد رح اذا لم يعلم ايهما اول فالنقض اولى وان اقام البينة على النقض
والاجازة من قاضيين فالنقض اولى اذا لم يدر اي الوقتين اول كذا في الذخيرة في الفصل
... من كتاب الدعوى وهو يدل على ان المعتبر عند محمد هو تصرف النقض لا كما زعم هذا القائل
واما مسئلة الوكيل والموكل فانها يصلح دليلا على ان محمدا رحمه الله يعتبر تصرف
الاصل مقتضيا كان او اجازة وفي مسئلتنا استوى العاقد مع غيره والعاقد اصل
من حيث ان الخيار يثبت بغيره ونيابة عنه وغيره اصل من حيث ان الخيار يثبت
قصدا وباللفظ والعاقد ثبت اقتضاء وبالضرورة قوله محمد رحمه الله يعتبر
تصرف الموكل وقد يقال لا يلزم من ترجيح تصرف الموكل الذي هو الاصل من حيث انه غيره

غيره يستفيد الولاية منه وتبع من حيث ان الخيار يثبت له بالاقتضاء والمقتضي تابع
للمقتضي قوله وابو يوسف رحمه الله يعتبر ما فعله ان تصرف الاصل لا يترجح عنده على
تصرف النائب غير ان التصرف في مسئلة الوكالة لما استويا فيعتبر كلاهما وههنا
تصرف الفسخ اقوى من الاجازة فيعتبر الراجح من التصرف قوله لان الذي فيه الخيار كالخارج
عن العاقد انما قال كالخارج عن العاقد انما قال كالخارج لانه داخل في العقد حقيقة
لما عرف ان شرط الخيار يمنع الحكم دون السبب قوله اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق
الحكم اي الخيار يمنع ثبوت الحكم والمقصود هو الحكم دون السبب فالخارج عن الحكم
الذي هو المقصود كالخارج من السبب لكونه غير مقصود قوله فيبقى الداخل فيه اي في العقد
احدهما وهو من الداخل فيه ويكون الآخر وهو الذي فيه الخيار كالمستثنى عن العقد كانه باع
العبدين بثمن واحد واستثنى احدهما بحصة من الثمن فيبقى الداخل في العقد احدهما بحصة من
الثمن فيلزم جهالة المبيع والثمن جميعا فان قلت هذا بالنظر الى الحكم والاعتبار انما بالنظر
الى الحقيقة ومن فيه الخيار داخل في العقد غير مستثنى عنه فلا يؤدي الى جهالة ولا الى جهالة
الثمن فما لكم اعتبرتم جانب الحكم دون الحقيقة مع انها احق بالاعتبار بان العقد لما دار بين
الصحة والفساد ولان من فيه الخيار مستثنى عن العقد حكما فيكون المبيع والثمن مجهولا غير مستثنى
عنه حقيقة فلا يكون شيء منهما مجهولا الا الجهالة طارية واني لثبت بمفسده وجب ان يحكم
بالفساد احتياطا قوله وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد
في الآخر لكن هذا شرط غير مفسد للعقد اذ المفسد من شرط القبول انما هو شرط قبول غير المبيع ومن فيه
الخيار من جملة المبيع فلا يكون مفسدا كما اذا جمع بين قن ومدبر جاز البيع في القن مع شرط صحة
قبول المدبر لان المدبر يدخل في العقد ثم يخرج في صيانة لحقه فان قلت قد حصل من فيه الخيار كالخارج
عن العقد مستثنى عنه وبنى عليه فساد العقد فيما اذا لم يفصل الثمن او لم يعين المبيع فليعتبر كالخارج
عنه في حق اشتراط قبول العقد فيكون شرطا لقبول غير المبيع اجيب بانه لو اعتبر مستثنى
عن العقد لم يكن قبوله شرطا اذ الاشتراط من ضرورة الضم مع المبيع ولا ضم مع الاستثناء
وان لم يعتبر مستثنى كما هو الحقيقة كان اشتراط القبول فيه اشتراطا للقبول في بعض المبيع وانه ليس بمفسد
وبالجملة انه ان اعتبر مستثنى كما هو الحقيقة كان اشتراط القبول فيه اشتراطا للقبول في بعض المبيع وانه
ليس بمفسد وبالجملة انه ان اعتبر مستثنى فليس هناك اشتراط قبوله اصلا لانتفاء الضم الموجب للاشتراط
والا فهو شرط قبول بعض المبيع وانه ليس بمفسد واما ما فالعقد صحيح بكل حال قوله والرخصة
ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفسدة توضيحه ان ترى واحدا من اثنين او ثلاثة فاتت لا تفضي
الى النزاع في تعيين المبيع ويتخير وباشتراط الخيار للمشتري اذ البائع ان يعدم النزاع فالخطر
باق وانه يمكن لف والبيع الا انا جوزنا في الثلاث مع وجود الخطر للحاجة الى هذا الوجه

من الشرى وهى منتفية فيما زاد على الثلث فيكون فاسد الوجود الخطر المفسد وعدم الحاجة
الرخصة قوله استعارة لا يريد بالاستعارة استعارة التثنية للمفرد حتى يناقض ما
ذكره فخر الاسلام فى اصوله من امتناع استعارة العدد للمفرد وبالعكس وبنى عليه
عدم جواز نية الاثنين بالطلاق فى طلق نفسك بل اراد به تنزيل كل ثوب منزلة البيع من حيث
ان كلا منهما لما احتمل ان يكون بيعا نزل الاثمان منزلة الوجود كما يقال صنف فى الزكوة وسجال الذى
صغر جسم العوض وكبر جسم البغل وعليه حمل قوله تعالى امتنا اثنتين واحييتنا اثنتين حيث نزل الاماتة
منزلة الاماتة قوله لان الباقى فى خيار التعيين للاختلاط فان قيل من قضية الاختلاط القسمة
بالتراضى فلما ذا صار الوارث مختصا بالتعيين فيقول اما باعتبار ان البائع رضى بالغير حيث
شرط الخيار لغيره او باعتبار ان القسمة لو ثبت افضى الى المنازعة كذا فى الحاشية
وفى الوجهين نظر اما بالاول فلان اختصاصه بالتمييز لو كان باعتبار رضا البائع بتمييز
الغير لجاز ان يرجع البائع عن ذلك قبل القسمة وهذا لان الاختلاط يوجب الشركة واحد
الشريكين اذا رضى بقسمة الاخر ثم رجع عنه قبل ان يقسم جاز فهكذا رجوع البائع فيما نحن فيه
وليس له ذلك واما قوله حيث شرط الخيار لغيره متعقلا انه شرط الخيار للمورث فيكون راضيا
بتمييزه واما فى الثانى فلان بيع المشاع جائز وعلى ما ذكر ينبغى ان لا يجوز لانه ايضا يفضى
الى المنازعة عند القسمة فالجواب ان الاختلاط انما يوجب القسمة بالتراضى اذا تعذر التمييز وهو
غير متعذر لامكان تعين المبيع بتعيين من له الخيار او من قام مقامه على ما قررناه بخلاف ما اذا اشترك
بعد البيان فانه لو بعد القبض فان الاختلاط قد يثبت هناك على وجه لا يمكن التمييز حتى اذا امكن
التمييز بان كان الحادث بعد القبض معلوما لا يثبت الشركة قوله وهذا التقدير يحتاج اليه لمذهب
ابى حنيفة رضى الله عنه لان خيار المشترى عنده مانع دخول المبيع فى ملكه فاحتيج الى هذا التكلف
ليكون دليلا على ثبوت الملك اما عندهما فالمبيع يدخل فى ملك المشترى فلا يحتاج الى التقدير الذى
يؤدى الى خيار الملك وقد يقال هذا التقدير لا يحتاج لمذهب ابى حنيفة رضى الله عنه كما لا يحتاج
اليه لمذهبهما ايضا لانه انما يحتاج اليه لمذهبه ان لو كان شرط صحة الشفعة متوقفا على
كون الشفيع مالكا للدار التى يشفع بها وليس كذلك بل يكفى لاستحقاق الشفعة كونه
احق تصرفا بتلك الدار الا يرى ان المأذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت
دار بجنبهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة الدار والمشترى بالخيار وان كان لا يملك الدار المبيعة
فهو احق بها تصرفا وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب ولهذا
ظهر ان ما ذكره المصنف رحمه الله فى باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب من قوله ولذا اذا كان الخيار
للمشترى وفيه اشكال اوضحناه فى البيوع ضعيف اذ استحقاق الشفعة لا يتوقف على الملك بل يكفى
لاستحقاقه كون الشفيع احق بها تصرفا فلا معنى لهذا الاشكال وجوابه ان ملك التصرف وكونه

وكونه احق بالدار تصرفا ان كان يكفى لاستحقاق الشفعة يكون شرطا ان يكون دائما غير موقت لان الشفعة
شرعت لدفع الضرر المستدام والمشترى بالخيار ان كان احق بها تصرفا فذلك غير مستدام لاحتمال
الرد فى مدة الخيار وانه احتمال ناشئ عن الدليل لان الخيار وضع للرد وان احتج اليه انما يثبت له
الجواز الدائم بعد اسقاط الخيار مستندا الى وقت الشراء فلا بد من اعتبار ذلك بخلاف المأذون والمكاتب
لان لهما يدا على الدوام فافترقا قوله لمذهب ابى حنيفة خاصة وقد يقال بل يحتاج اليه لمذهبهما
ايضا لان المشترى بالخيار وان كان يملك المشترى عندهما فملكه فيه قبل سقوط الخيار ليس بمستدام
لكونه فى عرضة الزوال ولا بد لثبوت حق الشفعة من ملك مستدام لانه شرع لدفع ضرر ثبوت الجوار
انه بالاستدامة يكون ولا يثبت للمشترى بالخيار دوام الملك ظاهرا الا باسقاط الخيار قوله
فيثبت ان الجوار كان ثابتا واعترض انه لو كان بطريق الاستناد لصح الاخذ للمشترى بالشفعة اذا كان
الخيار للبائع واجاز البيع والجواب ان الملك الثابت بالاستناد ثابت من وجه فيعتبر اذا لم يوجد ما هو
اقوى منه واذا كان الخيار للمشترى فالمبيع خرج من ملك البائع بالاتفاق اذا سقط الخيار يثبت الملك
له من وقت الشراء ولم يكن حينئذ فى ملك البائع ايضا فيثبت الشفعة للمشترى لثبوت ملكه مستندا الى البائع
لانعدام ملكه فيه بالكلية اما اذا كان الخيار للبائع فلا يخرج المبيع عن ملكه بل يبقى فى ملكه من كل وجه
فيثبت الشفعة للبائع لا للمشترى والحاصل ان الملك الثابت بالاستناد انما يوجب استحقاق الشفعة
اذا لم يوجد الملك لغيره من كل وجه واما اذا وجد فلا اعتبار له دون ما هو ثابت من وجه
قد احسن بان المشترى بشرط له الخيار ولانه اثبات الملك للشفيع باجازة البيع ولا يتوقف
على فعل غيره ولا كذلك اذا كان للبائع فاعتبره بالاعتاق فانه ينفذ من المشترى اذا كان الخيار
له واذا كان للبائع لا ينفذ اعتاق المشترى وان اجاز البيع وظن ان هذا الفرق لا يجرى نفعا لان
الملك الثابت للمشترى فى الخيار باجازته البيع ليس باقوى من الملك الثابت له باجازة البائع بالخيار
اذ الملك فى تلك الصورة ليس يثبت بالاستناد اما اعتاق المشترى بالخيار فانما ينفذ لان الاعتاق لا يصح
بدون الملك فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك له قبل الاعتاق مستندا الى الشراء فيتحقق الاعتاق
فى الملك الثابت له من كل وجه اما اعتاقه فيما اذا كان الخيار للبائع فواقع فى غير الملك فلا يصح
اذ لا عتق فيما لا يملكه الا ان الشفعة فانما تثبت للمشترى بالخيار باعتبار الاستناد الملك
والاستناد ثابت فى الوجهين بلا تفاوت فثبوت الشفعة باعتبار الملك المستند فى احدهما دون الاخر
مما لا وجه له فالاوجه هو الجواب الاول قوله لو لمس المشترى المشتهاة بشهوة او مسته بشهوة
سقط الخيار وتم البيع لان مسها لا يحل الا بالملك فاقدامه عليه دليل الرضا وكذا مسها يوجب
حرمة المصاهرة فتتعيب بعيب لم يكن عند البائع لانها كانت لاب المشترى وابنه والان لا كذا فى
الكافى وفيه نظر حيث ذكر فى باب خيار العيب انه لو وطئ البائع الامة المبيعة قبل القبض لا
عقر عليه ولا خيار للمشترى لانه ليس بعيب فى الثيب حتى لو اشترى امة على ان البائع لم يطأها فبان

انه وطئها ليس له ان يردها بهذا الكلام فكما ان ثبوت حرمة في حق المشتري اعتبر عيبا في حق البائع
حتى يكون له الخيار فيما اذا كان وطئها قبل القبض من حيث انه كانت حلالا لاب البائع
وابنه والان حرمت عليهما وكذا ينبغي ان يكون له الخيار اذا اشترى على ان البائع لم يطأها فبان
انه وطئها وجوابه ان الامة لما كانت لا تخلو عن وطئ المولى عادة تنزل المشتري عالما بوطئه فكأنه
اشتراها مع علمه بهذا العيب فلا يكون له ولاية الرد ثم لما اشترط عدم الوطء بدلالة العادة لم يعتبر
اشتراطه بان البائع لم يطأها لانه بمنزلة ما اشترط البراءة عن العيب مع علمه به وذا غير معتبر
فكذا هنا نعم يشكل بان العيب ما يوجب نقصان القيمة في عرف التجار وهو من حرمة المصاهرة
بينها وبين بعض الناس لا يوجبه لان غاية الامر انه يوجب تعطيل الرغبات من حيث
ان المشتري او ابنه لا يشتريانها للاستيلاد ولكن مثل هذا التعطيل لا يوجب نقصان القيمة لا
في المنزل من كثرة وايضا لو كان ثبوت حرمة المصاهرة عيبا لكان وطي المشتري المشتراة تعيبا
من المشتري فيجب ان لا يجوز له ان يبيعها مرابحة بلا بيان لوجوب البيان في التعيب
وان كان لا يجب في التعيب سماويا لكان للمشتري ان يبيعها مرابحة بعد الوطء من غير بيان
اذا كانت ثيبا قوله فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه اشكال اذ التعيب بعيب الشركة
حكم الرد وحكم الشيء لا يمنع ذلك الشيء صرح به بعض المحققين في مسئلة ما اذا دفع الى فقير مائتي درهم
من الزكاة فانه جائز وعللوه بان المعنى حكم الاداء فيعقبه وحكم الشيء لا يمنعه وقدم في الزكوة وجوابه
ان المانع ههنا هو الزام الضرر الزائد على التعيب نفسه والزام الضرر ليس من حكم الرد بل
الرد هو الزام الضرر بعينه ثم لا يخفى ان قوله رده معيبا لا يخلو من نوع تساهل للقطع بانه
بانتفاء العيب حالة الرد وانه يحدث بعده فلا يصح قوله معيبا حالا الا على التصريح في رده

باب خيار الرؤية

من اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز فان قلت ينبغي ان لا يجوز لنهي
النبي عليه السلام عن بيع ما ليس عند الانسان اي ليس حاضرا في المشتري لاجماعنا على ان المشتري اذا
كان قد راه في العقد جاز وان لم يكن حاضرا عند العقد قلت المراد بل العقد الذي يبيع ما ليس في ملكه بدليل
نص الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست
عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجيدها فاشتريها واسلمها فقال عليه السلام لا
تبع ما ليس عندك والدليل عليه ايضا انه لو باع عبدا له مملوكا غائبا عن حضرته وقد راه المشتري جاز
اذا بين مكانه واحضر عنده وقد كان في كفه ولم يره المشتري لم يجز عند الخصم كذا في الشرح ولا يجاب
لو كان تاويل الحديث بيع ما ليس في ملك الانسان لما صح بيع الفضولي لانه بيع ما ليس في ملكه
لان المراد بيع ما ليس في ملكه هو ان يبيع ثم اشتراه واراد تسليمه بحكم ذلك العقد وقد يقال
تاويله بيع ما لم تقدر على تسليمه وقت العقد وفي بيع الفضولي يثبت القدرة على التسليم عند الاجازة
مستندا الى وقت العقد اذ الاجازة اللاحقة كالاذن السابق قوله ولنا قوله

عليه السلام من اشترى شيئا فله الخيار اذا راه وفي شرح الهادي قال البيهقي واما حديث
من اشترى شيئا فهو بالخيار اذا راه فانما رواه ابو بكر بن عبد الله بن ابي مريم عن مكحول
مكحول رفع الحديث الى النبي عليه السلام وهو مرسل وابو بكر بن مريم ضعيف قال واسنده
عمر بن ابراهيم الكردي عن ابن سيرين عن ابي هريرة وعمر بن ابراهيم كان يضع الحديث قاله
الدارقطني هذا كلامه قلت ان جبير بن مطعم قضى بخيار الرؤية للمشتري بحضرة من الصحابة
وهو يدل على صحة الحديث قوله لا يفضي الى المنازعة في تعيين المبيع فان كل ما احضره البائع
فللمشتري ان يقول المبيع غير هذا فاحضره حتى اراه وايضا الجهالة في نفس البيع يجعله
كالهالك لما ذكرنا ان كل ما يحضره البائع للمشتري هذا وكان متعذر التسليم كالهالك
فيفسد البيع بخلاف جهالة الوصف في المشار اليه فلانه لا يفضي الى المنازعة في التعيين ولا
يجعله كالهالك على ما لا يخفى نعم لو باع شيئا في يده او في حقه فيما لم يتصور فيه المنازعة فكانه
قليل جرى الان للخصم ان يقول الجهالة فيما اذا كان المبيع في كفه او في حقه في يده ان كان
لا يفضي الى المنازعة فهو موجب عدم الجواز ان لا يكون في يده شيء لكنا نقول اخبار البائع
يوجب الظن بوجود المبيع اذ الظاهر في الخبر هو الصدق والوجود لغلبة الظن يكفي لصحة المبيع
بخلاف ما اذا باع الجنين اذ لا دليل لنا على وجوده قوله لان الخيار معلق بالرؤية فلا يثبت قبلها
واذا لم يثبت لم يصح اسقاطه وقد يشكل بانه لو خالعها وشرط ان لا يكون لها نفقة العدة سقطت النفقة
اجماعا مع انها حق لم يجب بعد لانها تجب شيئا فشيئا لتشبه الاخر وعن هذا لا يسقط بالشرط وان كان الخلع
والمبارات يسقطان كل حق لكل واحد منهما على الاخر مما يتعلق بالنكاح لانهما انما يوجبان سقوط ما هو واجب
وقت الخلع والنفقة تجب بعد الخلع بسبب يوجد بعده وهو الاحتباس الذي يوجب شيئا فشيئا قوله
فلا يثبت قبله لتعليق وهو لا يوجب العدم واجيب بانه ان كان لا يوجب العدم عند العدم والمتعلق بالشرط معدوم
قبله واعترض بانه استدل بالعدم قبل الرؤية بالاجماع فلا يثبت الخيار قبل الرؤية لانه معلق بها فلا يثبت قبلها
الا بدليل ولم يوجد هذا واما على ذكر الامام فخر الاسلام في تجب الشرط من قوله وقد لا ينفك صفة الشرط
عن معناه وهو العدم عند العدم فظاهر فانه صحيح بان المعلق على الشيء يجب ان يكون معدوما قبل وجوده وان
عدم المشروط قبل وجود ما علق به من ضرورات التعليق لاستحالة تعليق الموجود والمسار وكنه
في الوجوه الفاسدة الى ان التعليق يقتضي الوجود عند الوجود فاما العدم فهو عند العدم فهو ساكت عنه فكان
لعلمائنا طريقين بعد اتفاقهم انه لا يوجب العدم عند العدم بمنطوقه خلافا للشافعي رحمه الله هل يوجبه
بضرورته فقيل نعم وقيل لا قوله حكم انه غير لازم لا بمقتضى الحديث فان قلت ولاية الفسخ ايضا
من مقتضيات الحديث لانه متى عزم على عدم اللزوم ثابت ثبوت الخيار عند الرؤية اذ لو لزم العقد قبل
الرؤية لا يمتنع الخيار عند الرؤية والخيار ثابت بالنص فيؤدي الى بطلانه فهو الباطل فيكون
دلالة الفسخ بمقتضى الحديث فكيف يستقيم قوله لا بمقتضى الحديث قلت المراد بمقتضى الحديث

هو الخيار الذى اقتضاه اى لا لخيار اقتضاه الحديث بل بحكم انه عقد غير لازم قوله باوصافه اى
بجنس اوصافه فالاضافة للجنس دون الاستغراق فلا يرد الرضا بالمبيع قبل العلم بالعيب قوله
وجه القول المرجوع اليه انه اى خيار الرؤية معلق بالشراء كذا ذكر فى الحاشية قلت قالوا اذا قال الرجل
لامراته اذا دخلت الدار فانت طالق ان كلمت زيدا كان الطلاق معلقا بالكلام لا بالدخول وكان
الدخول شرطا لانعقاد اليمين هذا موجب اللغة حتى لو حلف لا يحلف بطلاقها فقال اذا دخلت الدار
فانت طالق ان كلمت زيدا لا يحنث قبل الدخول لانه انما يصير حالفا بالطلاق بعد الدخول فى الدار فعلى
هذا كان الخيار يفى قوله عليه من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا راه معلقا بالرؤية لا بالشرى
انما المعلق به تعليق الخيار بالرؤية فلا يصح ان يجعل الضمير فى قوله انه معلق الى الخيار اللهم الا تساهل
قوله وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف اى بتصرف يمنع الرؤية فلا يشكل بما اذا اشترى دارا لم يرها
فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة لا يبطل خيار الرؤية ويبطل خيار الشرط ولا بما اذا اشترى عرض المشترى
المبيع على بيع ويبطل به خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية لانه لا يمنع الرد بهذين التصرفين او نقول ان الاخذ
بالشفعة والعرض للبيع ان كان لا يبطل بهما خيار الرؤية قبل الرؤية فقد يبطل البيع بهما بعد الرؤية لا محاله
فهذه القضية ممكنة العام اى عدم بطلان خيار الرؤية مما يبطل به خيار الشرط ليس بلازم انما بطلانه
مما يبطل به مما فقد وقد او نقول بطلان الخيار لا يتصور الا بعد وجوده وخيار الرؤية انما يثبت بعد الرؤية
وبعده يبطل بكل ما يبطل به خيار الشرط من مساومة والاخذ بالشفعة وغيرهما والمراد بقوله ما يبطل
خيار الشرط البطلان الحقيقى دون الاعم من البطلان وعدم الثبوت فلا يرد الاخذ بالشفعة
والعرض للبيع لانهما يبطلان خيار الرؤية كما يبطلان خيار الشرط غير انهما لا يمنعان ثبوت خيار الرؤية
اذا وجدا قبلها لان حقيقة الرضا لا يمنع خيار الرؤية فدلالته اولى قوله لانه لما لزم تعذر الفسخ
فيبطل الخيار فان قيل لزم خلاف النص لانه اثبت الخيار اذا راه قلنا اعمال النص انما يجب فيما
امكن وهذه الافاعيل مبنية على ان الملك الثابت بحكم البيع فصحت بنا على قيام الملك وبعد
صحتها لا يمكن ردها فيسقط الخيار ضرورة فان قلت فمتى ارتفع التصرف المتعلق به حق الغير قبل الرؤية
بان رهن المشترى المبيع ثم افتكه ثم راه او باع بشرط الخيار للمشترى فرد عليه ثم راه وجب
ان يثبت الخيار بحكم النص لانه يقتضى ثبوت الخيار للرؤية ولا مانع عندها اذ المانع تعلق حق الغير
وقد ارتفع قبل النص الرؤية وقد نص فى الذخيرة بانه لو افتك المرهون او مضت مدة الاجارة
او رد المشترى عليه بخيار الشرط ثم راه لا يكون له الرد قلت قد ذكر شمس الائمة السرخسى رحمة الله
عليه رحمة واسعة انه اذا عاد المبيع الى المشترى بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية وهو يدل
على ان المبيع اذا عاد الى قديم ملك المشترى و تمكن من الرد عند الرؤية وفى ذلك تسليم ان يمنع
قوله ما لم يعلم البقية اذ الانفات اطراف الثوب الواحد الا يسيرا وذا غير معتبر
كذا فى الكافى قلت هو تفاوت معتبر حتى لا يصح بيع ذراع منه كما صح بيع قفيز منه

ونظر

ونظر الوكيل كنظر المشترى قيل فى الفرق بين الرسول والوكيل ان الرسول هو الذى لا يستغنى عن
اضافة العقد الى مرسله بخلاف الوكيل فانه يعقد بالاستبداد كذا فى الشرح فان قلت الوكيل
قد لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل كالوكيل بالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والوكيل
بقبض المبيع لا يستغنى عن الاضافة الى الموكل الا يرى ان الوكيل بقبض الدين وهو وكيل بالمبادلة
لا يستغنى عن الاضافة اليه فالوكيل بقبض العين اولى ان يستغنى عنه اجيب بان المراد
بالاضافة هو ان ينقل عبارة المرسل فينعقد العقد بعبادته لا بعبارة الرسول اما الوكيل
فهو وان كان لا يستغنى عن الاضافة فى بعض العقود لكن المعنى بالاضافة التى لا يستغنى
عنها ليس ما ذكرنا من نقل عبارة الموكل بل نسبة العقد الذى يعقده بعبارته اليه
بان يقول فى النكاح زوجتك من فلان فالوكيل مستبد بالعقد فى جميع المواضع بمعنى انه
يعقد بعبارته لا بعبارة موكله والرسول ناقل عبارة المرسل لا عاقد بعبارته وقد ذكر البعض
هنا الفرق بينهما بان الوكيل يملك الخصومة ان امتنع البائع عن التسليم والرسول لا يملكها
وفيه نظر لان الوكيل بقبض المبيع وكيل بقبض العين والوكيل به لا يملك الخصومة صرح به المصنف
رحمة الله عليه رحمة واسعة فى الوكالة حيث قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا
بالخصومة لانه امين محض والقبض بمبادلة فاشبه الرسول نعم انه يصلح فرقا فى الجملة اما فيما نحن
فيه فلا قوله الا من عيب فى الحصر نظر لانه قد يرد بخيار الشرط ايضا اللهم الا ان
يقال بحذف المعطوف او يحمل على ما يرى ان خيار الشرط يبطل بقبضه ايضا قوله والموكل
ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل وفيه بحث لان قبض المبيع بعد الرؤية انما يتم من الموكل
لانه يقوم مقام الرضا المسقط للخيار حيث لم يثبت له ولاية اسقاط الخيار بالرضا بهذا
التوكيل لانه وكيل بالقبض دون اسقاط الخيار وليس ذلك من لوازمه ايضا وبالجملة
ان اطلاق التوكيل يوجب ان يكون له القبض بعد الرؤية وقبلها غير ان القبض بعد
لا يسقط الخيار فى حق الموكل لانه قبض بعد الرؤية بل لانه دليل الرضا غير ثابت
للوكيل فلا يكون قبضه مسقطا له اذ الدليل انما يعمل فى حق من يعمل فى حقه الصريح وصريح
من الوكيل باسقاط الخيار لا يبطله فكذا دليله وهو القبض بعد الرؤية قوله فقد
انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه بعد ذلك قصدا فان قيل ينبغى ان يملك
الاسقاط ايضا لان من ملك شيئا ملك اتمامه الا يرى ان الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض
لان اتمامها به وقد علل المصنف رحمة الله عليه رحمة واسعة هنا بقوله ولنا ان من ملك
شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة بالقبض ولا خفاء ان تمام القبض هنا باسقاط الخيار
والوكيل يملك القبض فيملك اتمامه ايضا كالوكيل بالخصومة يملك القبض قصدا لتوقف
تمام الخصومة عليه فجوابه ان سقوط خيار الرؤية فى الحقيقة متمم للصفقة ومن ضرورة تمامها

تمام القبض فمن حيث انه ليس من متممات القبض مقصودًا ينبغي ان لا يملكه الوكيل بالقبض ومن حيث انه
متمم له ولو بالضرورة ينبغي ان لا يملكه فقلنا يملك ضمنا بان قبض وهو يراه ولا يملك بعد القبض
مستورًا قصدا عملًا بالجهتين او نقول بان اسقاط الخيار من حيث انه متمم للعقد يجب ان
لا يملكه الوكيل بالقبض لانه لا يملك العقد فلا يملك ما هو من متمماته ومن حيث ان للقبض شبهًا بالعقد
فما هو المتمم له كان متممًا للقبض ايضًا من وجه يجب ان يملكه فقلنا يملك الاسقاط ضمنًا لا قصدًا عملًا
بالاعتبارين فحصل الفرق بينه وبين الوكيل بالخصومة لان القبض متمم للخصومة من كل وجه فمن كان مالكًا لها
كان مالكًا للقبض المتمم لها قوله كيلا يكون تفريقًا للصفقة قبل التمام فان قلت قوله ومن اشترى
شيئا لم يره فله الخيار اذا راه يدل على جواز التفريق قلت ما روى انه نهى عن تفريق الصفقة قبل التمام
محكم وما رويتم ليس كذلك الا يرى انه اذا عينه او تصرف فيه تسقط الخيار ولا يقال انه ليس بمحكم لانه يجوز
بعد القبض بالقضاء لانا نقول البيع بالقضاء ينفسخ من الاصل فصار كانه لم يكن فلا يكون فيه
تفريق الصفقة ولان النهي عن التفريق محرم والعمل به اولى ولانه متوخر والا يلزم الفسخ مرتين كذا في
الشافي وفيه نظر اذ الرد بخيار الرؤية او الشرط ايضًا فسخ من الاصل مع انه لا يمنع تفريق الصفقة
وايضا الرد بقضاء القاضي انما يجعل فسخا للعقد فيما يستقبل لا فيما مضى لانه لو جعل فسخا لا ينقض بمسائل
احدها ان المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة ولو كان فسخا العقد فيما مضى لبطل الشفعة لبطلان
البيع والثاني ان الرجل اذا باع امته الحبلى من رجل وسلمها اليه ثم ان المشتري ردها بعيب ثم ولدت ولدًا
فادعاه البائع لا يصح الدعوة ولو كان الرد فسخًا من كل الوجوه لصحت كما يصح في امة لم يبعها
ابنه والثالثة باع عبدًا فاحال بالثمن على المشتري غريمه ثم ان المشتري رده بالعيب بقضاء
لا يبطل الحوالة ولو كان الرد فسخًا من كل وجه لبطلت فاذا كان العقد قائمًا فيما مضى يتحقق فيه
فيه تفريق الصفقة برد القبض فالاولى ان يقال التفريق بالقضاء انما يكون في خيار العيب بعد
القبض لان الرد بخيار الشرط او الرؤية لا يحتاج الى القضاء وكذا الرد بخيار العيب قبل
القبض فيكون التفريق بالقضاء تفريقًا بعد التمام وهو غير منهي انما المنهي عن التفريق قبل
التمام نحو الحديث وهو قوله عليه الصلوة والسلام من اشترى شيئا لم يره انما يقتضي جواز
رد المبيع وبعض المبيع ليس بمبيع فلا يقتضي جواز رده فبقى دا فلا تحت النهي عن تفريق الصفقة
قبل التمام فلا معارضة بين الحديثين قوله فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو
على خيار الرؤية وفي الذخيرة اذا تصرف في المبيع قبل الرؤية تصرفًا لا يمكن فسخه لزم البيع
وكذا لو تعلق بالمبيع حق الغير بان اجر او رهن او باع بشرط الخيار للمشتري لان هذه الحقوق
لا تعدم من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افتك المرهون او مضت مدة الاجارة او رد المشتري عليه
بخيار الشرط ثم راه لا يكون له الرد وان كان تصرفا لم يتعلق به حق الغير بان باع بشرط
الخيار لنفسه او وهب لم يسلم او عرض على البيع لا يبطل خياره وفي الاصل اذا اشترى عدل زطي لم

ثم

ثم باع منه ثوبًا ثم نظر الى ما بقي ولم يرض به فليس له ان يرده بخيار الرؤية فان عاد ما باع
الى ملكه بسبب هو فسخ من كل وجه فله ان يرد الكل بخيار الرؤية الا على رواية عن ابي يوسف
رحمة الله عليه رحمة واسعة هذا الكلام ولهذا اضطراب لا يدافع بين ما ذكره المصنف
رحمة الله عليه رحمة واسعة اولا من قوله ثم ان كان تصرفا الى قوله بطل الخيار وبين
ما ذكره من قوله فهو على خياره لان هذا على رواية الاصل والاولى على رواية اخرى
انه مقيد بما اذا لم يعد اليه بسبب هو فسخ والله اعلم بحقائق الاحوال قوله
عن ابي يوسف رحمه الله عليه رحمة واسعة انه لا يعود بسقوط لخيار الشرط فاعترض بان القياس
على خيار الشرط غير مستقيم لان خيار الشرط انما سقط لدلالة الرضا بهذه التصرفات وبعدما
سقط لا يعود لانه لا يثبت الا بالشرط اما خيار الرؤية فلا يسقط بصريح الرضا قبل الرؤية
فكذا بدلالته فلو بطل لكان بطلانه نفي عدم ثبوته عند الرؤية لتعذر الفسخ ولا خفاء انه لا تعذر
اذا عاد اليه المبيع بسبب هو فسخ فينبغي ان يثبت هذا الخيار عند الرؤية بالنص والله اعلم بالصواب
باب خيار العيب وهو ما يخلو عن الفطرة السليمة قوله مقتضى
العقد تقتضي وصف السلامة لان المطلق ينصرف الى المتعارف والمتعارف هو الرضا بالسليم
دون المعيب فيقع مطلق الرضا على السليم قوله لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد
العقد الا اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط
بنصف الثمن لانه صار مقصودًا بالتناول او حكما بان امتنع الرد لحق البائع بالتعيب عند المشتري
او لحق الشرع بالخياطة كذا في الكافي وفيه نظر لما صرح في الكافي في فصل في باب
خيار العيب ان الوصف لا قسط له من الثمن قبل القبض وهو يأخذ قسطا اذا صار مقصودًا بالاستيفاء
عند قبض المشتري حتى لو اشترى عبدًا فوجد عيبًا فصالح من عيبه على امة قبل القبض لم يكن
الامة عوضًا من العيب بل زيادة في اصل المبيع حتى كان الثمن على العبد والامة على قدر قيمتهما
حتى لو وجد باحدهما عيبا رده من الثمن ولو كان الصلح بعد القبض كانت الامة عوضًا عن
العيب حتى لو وجد بها عيبا ردها بحصة العيب من الثمن وكذا الوكيل بالشراء اذا رضي بالعيب
قبل القبض صح ولزم الموكل ولو رضي به بعد القبض لا يصح ولزم الوكيل لان قبل القبض لم يجب العيب
حصة من الثمن على البائع وبعد القبض يجب حصة العيب على البائع فبطل اسقاطه في حق الموكل كذا
كلامه فاذا صار للوصف قسط من الثمن بعد القبض وجب ان يصح الرجوع بالنقصان مع امساك المبيع
والجواب ان الوصف وان كان يقابله شيء من الثمن بعد القبض ويجب حصة العيب على البائع
بعده لكن وجوبًا غير متصور ليمكن البائع من نقض القبض الذي به يصير الوصف فباعتبار انه
يجب حصة العيب على البائع بعد القبض كانت الامة المصالح عليها عن العيب عوضا عنه
ولم يصح رضا الوكيل به وباعتبار ان الوجوب غير متقرر ولم يكن للمشتري ان يرجع على البائع

مطلب خيار العيب

جبرًا فالمراد بقوله لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن هو لمقابلة المتقرر وانها
مسيفة لا محالة قوله ولانه لم يرض بزواله باقل من المسمى فان قيل يشكل بما اذا باع
على انه معيب فاذا هو سليم حيث لا يكون للبائع الخيار مع انه لم يرض بزوال ملكه بهذا القدر
من المسمى اجيب بان المبيع يكون في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمان فانزل عالمًا
بصفته فيكون راضيًا بخروج المبيع من يده سالمًا بالمسمى ولا كذلك المشتري كذا في الشرح
لا يقال كون المبيع في يد البائع وممارسته غير لازم الا يرى ان بيع غير الموزون وبدل الصلح
والمهر جائز قبل القبض ولا ممارسة دون القبض لان العبرة للغالب والغالب ان يكون
في يد البائع وممارسته فان قلت كما ان كون المبيع في يد البائع وتصرفه دليل على علمه
باوصاف المبيع لذلك قوله على انه معيب دليل على كونه غير عالم به فلماذا اعتبرت الدلالة
الاولى دون الثانية اجيب بان الاولى سابقة وقد ظهر عليها حيث انزل عالمًا
باوصاف المبيع قبل قوله على انه معيب ولا يعتبر بالصريح اذا عملت الدلالة عملها
فبالدلالة الاخرى اولى وايضا ان قوله على انه معيب لم يذكر على وجه الشرط بل على وجه
البراءة من العيب فكانه قال بعتك على اني بريء من العيب فلا يكون له الخيار الى هذا
اشير في المبسوط حيث قال ولو اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا يرده لان الكفر
عيب فذكره في العقد لا يكون على وجه الشرط بل على وجه التميز من العيب قوله وكلما
اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب اي في كل عارض اوجب نقصان الثمن فهو عيب
فلا يرد ان الرداءة في الحنطة يوجب نقصان الثمن مع انه ليس بعيب اذ الرداءة ليست بعارضة
فالحنطة قد يكون ردية في اصل الخلقة فيكون الرداءة نوعًا لا عيبًا نعم ان الخصاء عيب
ذكره في العيون وانه لا يوجب نقصانا في المالية بل زيادة حتى لو اعتق الخصي عن كفارته جاز
وعلله في الكافي بان الخصاء يزيد في المالية والمقصود هو ازالة المالية وقد ذكرنا في كفارة
الظهار وجوابه ان الخصاء عيب من حيث انه يوجب فوات عضو من اعضاء الادمي وهو بهذه
الجهة يوجب نقصان القيمة وان كان يزداد مالية باعتبار امر آخر فيدخل في عموم قوله
كل الى اخره وايضا الخصي من حيث انه يفوت جنس المنفعة يوجب نقصان المالية لكنه يزداد
قيمته عند بعض الجهال في استخدامهم في النساء وهو حرام فلا يعتبر بالزيادة الحاصلة به الا يرى
انه لو غصب عبدا خصيًا فهلك يضمن قيمته غير خصي ولو كانت هذه الزيادة معتبرة لضمن قيمته
خصيًا وكذا لو غصب عبدًا فنزع خصيته وعوج يضمن نقصان الثمن النازل ولا يجبر
ذلك بالزيادة الحاصلة بالخصي ولو كانت معتبرة لانجبر وليس كذلك هذا ولكن يشكل بانه
لو كانت الزيادة الحاصلة بالخصي غير معتبرة شرعا لم يجز اعتاقه عن الكفارة لكونه هالكا حكما حتى يجب
بالخصي تمام الدية لانه يفوت جنس المنفعة وهي منفعة الايلاد وبالجملة وصحت الكفارة توجب اعتبار هذه

الزيادة وما ذكرنا من المسائل يوجب عدم اعتبارها فلا يشكل وجوابه سياتيك في باب الغصب ان شاء الله تع
قوله والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب قال في الفوائد الظهيرية وهنا
مسئلة عجيبة وهي ان من اشترى عبدًا صغيرًا فوجده يبول في الفراش فلم يتمكن من الرد حتى تعيب عنده
تعيب اخر كان له ان يرجع بنقصان العيب فاذا رجع ثم كبر العبد هل للبائع ان يسترد ما اعطى
من النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لا رواية في الكتب ثم قال وكان والذي يقوله ينبغي
ان يسترد استدلالا بما اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له ان يردها فان تعيبت عنده
رجع بالنقصان فاذا رجع ثم ابانها زوجها كان للبائع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب
فكذا هنا وبما اذا اشترى عبدًا فوجده مريضًا كان له ان يرده فان تعيب عنده رجع بالنقصان
فاذا رجع ثم برئ من مرضه هل للبائع ان يسترد قالوا ان كان البرء بالمداواة لم يكن له ان يسترد وان لا
فله ذلك والبلوغ هنا لا بالمداواة وكان له ان يسترد وفيه نظر لان البلوغ منهي لهذا العيب
في الصغير والشيء بانتهائه يتقرر والتقرر في حكم الباقي فكان هذا العيب باقيا حكما فلا يسترد النقصان
بخلاف حالتي المسئلتين لان العيب فيهما زائل لا متقرر نعم لو كان ذلك الحكم فيما اذا مات الزوج
عن المشتراة كالحكم في صورة الابانة لو كان الاستدلال به صحيحًا لان العيب في الجارية وهو النكاح
ينتهي بموت الزوج عنها كالعيب في الصغير ينتهي بالبلوغ ولكنه غير مسلم لما ذكرنا ان المنهي متقرر
والمتقرر في حكم الباقي الا يرى انه لو اشترى عبدًا فاعتقه ثم اطلع على عيب كان عند البائع له
ان يرجع بالنقصان وعلله في الكتاب باب الاعتاق انها الملك والشيء بانتهائه يتقرر فيجعل كان
الملك باق والرد متعذر وكذا خصومة المالك في القطع بسبب السرقة شرط حتى لو سقطت الخصومة
قبله بان وهبت المسروق للسارق وسلم اليه لا يقطع اما لو انتهت الخصومة بنهايتها بان رد السارق
المسروق الى المالك بعد المرافعة الى القاضي فانه يقطع لان المقصود من الخصومة هو استرداد المال وقد
حصل فكانت الخصومة منتهية لحصول مقصودها والمنهي بمنزلة الباقي فكانت الخصومة قائمة
وقت القطع فيقطع كذا ذكر في السرقة فعلم ان المنهي في حكم الباقي والله اعلم بالصواب قوله
لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء فان قلت ذكر في الفتاوى الفضلي اشترى جارية
فامتد طهرها من غير ظهور الحبل بها ليس له ان يردها على بايعه ما لم يدع ارتفاع الحيض بالحبل او بالداء
لان الارتفاع بدون هذين السببين لا يعد عيبًا والمرجع في الحبل الى النساء وفي الداء الى الاطباء
كذا في الذخيرة فلو كان الانقطاع علامة الداء يصح الاكتفاء بدعوى الانقطاع ولم يشترط دعوى
الانقطاع بالحبل اجيب بان دعوى الانقطاع بالحبل او الداء ليس بشرط على اختيار المصنف
رحمه الله عليه رحمة واسعة وان اختياره على خلاف اختلاف الفضلي وان احتمال الانقطاع
بدون هذين السببين في مجرى العادة ممنوع والى هذا اشير بلفظ الذخيرة قبل هذا حيث
قال ان الناس يعدون الانقطاع في مدة كثيرة عيبًا ولو سلم فنقول معنى قوله علامة الداء

از دليل الا في الظاهر كاليد دليل الملك والثابت بحكم الظاهر فالحاصل ان الكلام قد وقع
في ان الانقطاع عيب مطلق او انه لا يكون الا عن داء وهو ممنوع الى ما يكون عن داء او حبل
وما يكون لا يكون باحد هذين السببين فقد قيل بالاول وهو الذي اختاره في البداية وانه لا
يشترط دعوى الارتفاع باحد هذين السببين وقيل بالثاني وهو اختيار الفضلي في فتاواه
وانه يشترط دعوى الارتفاع بالداء او بالحبل فالعيب عنده هو الداء والحبل لا ارتفاع الحيض بنفسه
لا يكفي للالزام فلا بد من ذكر الحبل وذكر الداء واقامة البينة عليه بان اخبر به طبيبان اذا اخبرت
امراة بالحبل قوله لانه مخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد تصريح بان الولد
قد يكون مقصودا بوطي الجارية لانه وقد مر في باب العتاق انه لو قال لامتيه احديكما حرة فوطي احديهما
لا يكون بيانا للعتق في الاخرى ولو قال لامرأتيه احدكما طالق فوطي احديهما يكون بيانا للطلاق
في الاخرى عند ابي حنيفة رحمة الله عليه لان المبهم من الايجاب لا يحرم الوطي عنده غير ان المقصود من
وطي المنكوحة الولد فيكون فيدل على استبقاء الملك ومن وطي الامة قضاء الشهوة دون الولد فلا
يدل على استبقاء الملك فيها وانه تصريح بان المقصود في الجارية هو قضاء الشهوة فكانه اراد بقوله
مخل بالمقصود في الجارية وهو طلب الولد انه قد يكون المقصود فيها طلب الولد كما قال اولا لان المقصود
قد يكون الافتراش فلا يكون بيانا لذلك واراد بما مر من قوله دون الولد انه لا يقصد به الولد في بعض
الاوقات قوله اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها اي في الجارية وادناه تسع
سنين قوله عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه فاما عندهما فاقصاها خمس عشرة سنة
قوله فامتنع اصلا فان قيل ينبغي ان يثبت الشركة كما اذا اختلط السويق لرجل بالسمن
لرجل قلنا في اثبات الشركة ايضا اضرار بالبايع اذ الشركة عيب قوله وفي الك
اي فيما اذا خاط لولده الكبير بعده اي بعد تمام الملك بعد الخياطة حيث لا ينوب قبض الكبير
لانعدام الولاية عليه والتمليك لا يوجب الملك الا بالتسليم والقبض فتم التمليك من الكبير
بالتسليم اليه وانه متاخر عن الخياطة والرد يمتنع بمجرد الخياطة وانها قبل التمليك فيضاف الامتناع
الى الخياطة دون التمليك فلا يكون حابسا المبيع حتى يمتنع الرجوع بالنقصان قوله فيمتنع
الرجوع بالنقصان فان قلت الرجوع بالنقصان يوجب الضرر حيث لم يرض بزواله عن ملكه
باقل من المسمى واجيب بان المشتري ايضا يتضرر بامتناع الرجوع بالنقصان لكن دفع الضرر عن
المشتري اولى من دفعه عن البايع لانه كالغار على المشتري حيث لم يعلمه بالعيب فكانه رضي بالرجوع
عند امتناع الرد بحدوث العيب في يد المشتري قوله اما الموت فلان الملك ينتهي به والمنتهي
في حكم المتقرر فكان الملك باق والرد متعذر بامر حكمي فصار كما لو تعيب عند المشتري ثم اطلع
على عيبه والمعنى ان الملك ينتهي بالموت وبانتهائه يمتنع الرد اذ الرد هو اعادة الملك ولا
يتصور اعادته بعد انتهائه فانه حينئذ لا يقبل النقل من ملك الى ملك ومتى امتنع الرد يرجع بالنقصان

الا ان يكون حابسا وهو ليس بحابس هنا اذ الحبس انما يتصور فيما يحتمل النقل ثم على هذا
كان المراد بقوله لا بفعله هو الفعل الذي لا يوجب الحبس كالبيع او المراد هو الحبس نفسه اي لا
بحبسه كالخياطة وعلى الاول قوله لا بفعله عكس بطريق الدلالة على بينة قوله
والامتناع حكمي لا بفعله اي لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة في ملكه قيد به احترازا عما اذا
صبغه احمر ثم اطلع على عيب يرجع بنقصان العيب ولا شك ان الصبغ بفعله كذا في الشرح
قلت لو قطع الثوب ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان مع امتناع الرد بالقطع وانه لا
يوجب الزيادة فهذا التمثيل لا يكفي لدفع ما يرد ان قوله لا بفعله يشير الى ان امتناع الرد
لو كان بفعله يمنع الرجوع بالنقصان وليس كذلك فان امتناع الرد فيما اذا قطع الثوب او صبغه
احمر بفعله مع انه لا يمنع الرجوع فالظاهر ان يقال امتناع الرد لا بفعله وان كان لا يحتاج
اليه للرجوع بالنقصان فهو يحتاج اليه للرجوع به على وجه لا يفترق فيه جواب
الاستحسان مع جواب القياس والموت لا يمنع الرجوع بالنقصان قياسا واستحسانا
وانه معلول بكون الامتناع حكميا لا بفعله كانه قال والامتناع حكمي لا بفعله لا يمنع الرجوع
قياسا واستحسانا واما الاعتاق ففيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله وفي الاستحسان فالقياس
يرجع او يقول واو قوله لا بفعله قصده الى اثبات الحكم في الموت بدلالة ما اذا كان لا
امتناع بفعله يعني اذا كان الامتناع بفعله غير مانع للرجوع بالنقصان فلان لا يمنع اذا كان لا
بفعله بل بامر حكمي اولى قوله لان الاعتاق انهاء الملك وفيه بحث اما اولا فلان المقصود الملك
بعد الاعتاق اذا ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وكذا العبد الذمي اذا عتق
ثم لحق بدار الحرب ثم سبي فكان الاعتاق زوالا للملك لا انهاء واما ثانيا فلانهم صرحوا بان ادا
الطلاق في الفاظ العتق جائز وانه من قبيل ذكر السبب وارادة المسبب فلو كان الاعتاق انهاء
الملك لم يكن الطلاق وضع لازالة الملك لا نهايته قوله فكان انها الى اخره حاصل الفرق
بين البيع والاعتاق على ما يشعر لفظ الكتاب هو ان البيع حبس للمبيع عن البايع واحتباس منعه عنه
لانه اخراج المبيع عن ملكه والاخراج يمنع الرد ومع احتباس منعه عن البايع لا يرجع بالنقصان
اما الاعتاق فليس بمنع للمبيع عن البايع لانه انهاء للملك وتقديرا له لان المنتهي في حكم الباقي فلا يكون
نفس الاعتاق حبسا للمبيع ومنعا له عن البايع بل امتناع الرد بامر حكمي وهو تعلق حق العبد
بالعتق فصار كما لو صبغه احمر فان الصبغ حتى لم يكن حبسا للمبيع ومنعا له عن البايع بل الامتناع فيه
باعتبار الزيادة كان له حق الرجوع بالنقصان كذا هنا ما لم يكن الاعتاق في نفسه منعا لكونه
تقريرا للملك لا اخراجا له عن ملكه كالبيع وكان الرد بامر حكمي لا يمنع الرجوع بالنقصان هذا
ولكن للخصم ان يقول سلمنا ان الاعتاق انهاء وتقرير لا اخراج وازالة ولكن لا شك ان الاعتاق
تاكيد للملك على وجه لا يحتمل الزوال الى ملك آخر والتاكيد على هذا الوجه اختيار للمبيع كالاخراج

بخلاف الصبغ لان المصبوغ يحتمل النقل من ملك الى ملك فلا يكون حبسا ومنعا بل الامتناع
عنده لمحض حكم الشرع ومنعه عن الرد لمكان الربو وتقريرا اخر ان الاعتاق لما كان انهاء
كان الملك باقيا حكما فيلحق بما اذا كان الملك باقيا حقيقة والرد متعذر وفيه يرجع بالنقصان
كما لو تعيب بعيب اخر او صبغه بخلاف البيع فانه مزيل للملك والرجوع بالنقصان لم يعرف الا
مع بقاء الملك وذلك ان المشتري انما يرجع بالنقصان باعتبار انه تملك المبيع مع جميع اوصافه
فيملك المطالبة بالوصف الفائت وعند تعذر تسليمه يرجع بالنقصان ولا يخفى انه انما يملك مطالبة
الوصف بالعيب عند قيام الملك في الاصل اما اذا لم يبق ملكه في الاصل بطل في الوصف ايضا
اذ لا تبع بدون الاصل فلا يملك المطالبة لانه لم يبق مالكا له وقد يقال في وجه الفرق ان
المبيع بالبيع تبقى محلا للرد غير انه لا يقدر على الرد بفعله وهو البيع فيتمكن البائع من مطالبة
المبيع كما هو ودفع ضرر نقصان الثمن عن نفسه ومع تمكنه عن دفع الضرر عن نفسه باعتبار بقاء
المبيع صالحا للاسترداد ولا يجبر على قبول هذا الضرر حتى يرجع المشتري عليه بالنقصان
واما بعد الاعتاق فلا تبقى المبيع صالحا للاسترداد ولا يقدر البائع على دفع الضرر عن نفسه بعطاء
المبيع كما هو فيندفع الضرر عن المشتري بالرجوع بالنقصان وفعله وهو الاعتاق لا يصلح لالتزام
الضرر على المشتري لانه فعل ماذون فيه شرعا فلا يصلح سببا للغرامة قوله وهذا لان الشيء
يتقرر بانتهائه والتقرر في حكم الباقي فيجعل كان الملك باق والرد متعذر وفيه بحث لما عرف
من جواز النكاح بين السيد ومعتقه او بين السيدة ومعتقها وعلى ما ذكر مع ان الاعتاق
انهاء الملك والمنهى في حكم المتقرر والمتقرر في حكم الباقي لزم ان لا يصح النكاح بين المعتقة
والسيد ولا بين المعتق والسيدة اذ لا اقل من شبهة الملك وانه يحرم النكاح بحقيقته او الحرمة
بالنقصان
يحتاط فيه قوله فيجعل كان الملك باق والرد متعذر بشبران يقال الملك شرط للرجوع
والصفة فيه والله اعلم انه لو لم يبق الملك لم يبق العقد ايضا لانه انما يحصل باقيا مع كونه عوضا
غير جار لبقاء حكمه وهو الملك بحيث لم يبق الملك لم يبق العقد ومتى لم يبق العقد لم يبق للمشتري
استحقاق وصف السلامة في المبيع لانه استحقه بالعقد ولم يبق وما لم يبق استحقاقه لم يتمكن
من الرجوع بالنقصان لابتنائه على استحقاق وصف السلامة ووجه اخر ان الرجوع بالنقصان
خلف عن الفسخ يصار اليه عند تعذره فيستدعي تصور الفسخ واعادة ملك البائع ولا ذلك
الا ببقاء الملك فلا بد منه حقيقة كما اذا تعيب عند المشتري او ازداد او حكما كما لو مات او عتق
فان الملك بهما يتقرر والمتقرر في حكم الباقي فصار كان الملك باق والرد متعذر فان قلت
تعذر جاء من قبله حيث تعذر بفعله وهو الاعتاق فيجب ان يمنع الرجوع قلت الاعتاق تصرف مملوك
للمشتري وكل تصرف مملوك له لا يمنع الرجوع وان امتنع الرد به كالقطع والصبغ الخ وذلك انه لو امتنع
الرجوع بهذه التصرفات لتضرر به المشتري فانه ربما يتصرف في المبيع قبل العلم بالعيب يظن انه سليم

فلو امتنع الرجوع بالاطلاع على العيب بعد ذلك لتضرر به والضرر مدفوع نعم لو تصرف بما يوجب حبس
المبيع عن البائع بان يبقى قابلا للنقل من ملك الى ملك اخر امتنع الرجوع بالنقصان لان جبر
البائع على تسليم النقصان مع حبس المبيع عنه اضرار به فانه ربما يوافقه الا اخذ المبيع
والاعتاق ليس بحبس اذ الحبس انما يتحقق اذا بقي المحل قابلا للنقل من ملك الى ملك ولا يبقى قابلا
له بالاعتاق والتدبير والاستيلاد فلا يكون في الرجوع بالنقصان اضرار بالبائع قوله
بالامر الحكمي اي لا بحبسه بخلاف البيع فافترقا قوله لانه انهاء للملك قلت لانا نسلم انها للملك
الا في بقائه وبقاؤه وان كان شرطا للرجوع فليس بموجب له سيما اذا وجد المانع وهو
حبس البدل فالاولى ان يعلل بان المال في الاعتاق على مال ملك المولى او ملكه لا يصح عوضا
عن ملكه فهو عقد كرم باخذ ماله نفسه ويعتق عبده فكان اعتاقا بلا بدل في الحقيقة فلا يمنع
الرجوع والله اعلم قوله لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار بالموت حتف
انفه مشكل حيث يتعلق به حكم دنياوي وهو وجوب الكفارة اذا قتله خطاء وقد صرح المص
في باب نكاح الرقيق بان قتل المولى معتبر في حق احكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه
حتى لو قتل المولى امته التي زوجها من غيره قبل التسليم اليه سقط المهر قوله بخلاف الاعتاق
لانه لا يوجب الضمان البتة كان جواب عما يقال ان الاعتاق ايضا يوجب الضمان كالقتل ولكن لا يظهر
ذلك باعتبار الملك فيصير كالمستند به عوضا كما في القتل فقال في وجه الفرق بخلاف الاعتاق الخ وتوضيحه
ان في القتل انما لا يرجع بالنقصان باعتبار ان فيه شبهة الحبس لكونه مضمونا البتة وهذه الشبهة تنزل
الى شبه الشبهة في الاعتاق لانه قد يوجب الضمان وقد لا يوجبه وهذه الشبهة في القتل باعتبار الضمان
وهو ليس بواجب في الاعتاق البتة فينزل الى شبهة الشبهة والعبرة هو للشبهة دون النازل عنها
نعم يشكل بان اكل مال الغير ايضا لا يوجب الضمان البتة الا يرى انه لو غصب عبدا فاجر العبد نفسه
وسلم من العمل واخذ الاجرة من المستاجر فاكلها الغاصب لا يضمن الغاصب للمولى شيئا مما تلف من اجرة
العبد عند ابي حنيفة رضي الله عنه فكان الاكل كالاعتاق من حيث ان كلا منهما لا يوجب الضمان
البتة مع ان الاكل يمنع الرجوع بالنقصان ولئن قيل اكل مال الغير وان كان لا يوجب الضمان البتة
فهو شرط ان يكون متقوما يوجبه البتة وابو حنيفة انما لا يضمن الغاصب اذا اكل من اجرة العبد
الذي اجر نفسه وسلم من العمل زعما منه ان الاجرة عين فتقوم في حق المولى كما سيأتيك تحقيقه في
الاجارة فنقول الاعتاق ايضا يوجب الضمان البتة بشرط يسار المعتق فلا تفرقة مع اكل مال الغير
لان كلا منهما لا يوجب الضمان البتة مطلقا ويوجبه بشرط وايضا كسب المبيع في البيع البات قبل القبض
ملك المشتري بكل حال عند ابي حنيفة رحمه الله تم العقد اذا انتقض بموته قبل القبض او بالرد بخيار رؤية
او عيب وعندهما موقوف ان تم العقد فهو للمشتري وان نقض مما ذكرنا فللبائع ككسب المغصوب
ولكن لو اتلفه البائع لا يضمن عند الكل تم العقد او نقض مع انه متلف لملك المشتري عنده مطلقا

وعندهما ان تم العقد لانه اتلف في حال لو تلف الاصل لا يضمن القيمة بل يسقط الثمن عن المشتري
والكسب لا حصة له من الثمن ولا يمكن ان يضمن الكسب بالقيمة لئلا يكون البيع مخالفا للاصل
وكذا لو اتلف المشتري لا يضمن عندهما قوله ولو ان تعذر الرد بفعل مضمون وانما سقط
الضمان هنا بالملك فصار كالمستفيد به عوضا قوله قلنا التسليط على الكرا في ملك المشتري
لا في ملكه فان قيل نعم لكن بشرط انه لو ظهر فاسد الرده الى البايع قوله بالمنع بل بشرط انه لو ظهر
فاسد يدفع المشتري الضرر عن نفسه من غير الحاق الضرر بالبايع وفي الرد الحاق ضرر به فتعين الرجوع
بالنقصان ونحن نقول به ايضا وان انتقض العقد مع انه يتلف عقد البايع عندهما لانه اتلف
في حال لو تلف الاصل لا يضمن به بل يتقرر الثمن عليه وكذا اذا اتلف الكسب وكذا كسب المبيعة
بعد القبض والخيار للبايع موقوف عندهما ولكن لو اتلفه البايع لا يضمن وان تم العقد مع انه
بعد التمام بملكه المشتري لانه اتلف ملك المشتري في حال لو تلف الاصل لا يضمن القيمة فكذا اذا
اتلف الكسب وكذا اذا اتلفه المشتري لا يضمن وان انتقض العقد مع انه متلف ملك البايع لانه
اتلفه في حال كان الاصل في يده مضمونا بالقيمة وهذا يمنع ضمان الكسب عنده وكذا كسب
المبيعة بعد القبض والخيار للمشتري كالبايع عند ابي حنيفة رحمه الله ان انتقض البيع مع ان المشتري لو اتلفه
لا يضمن عنده وان اتلف ملك البايع لانه اتلف في حال لو تلف الاصل لا يضمن القيمة وكذا لا يضمن
الكسب وبالجملة ففي هذه الصورة اتلاف ملك الغير لا يوجب الضمان والله اعلم بالصواب قوله
انه صنع في المبيع ما يقصد به شرائه ويعتاد فعله فيه فلو امتنع الرجوع بهذه الافعال لتضرر المشتري لانه
ربما يفعل هذه الافعال المقصودة بالشرا الغالبة وقوعا بعده ثم يطلع على عيب فلم يتمكن من الرجوع
بالنقصان بعدها لتضرر به كرضو وموجبه اخران هذه الافعال لما كانت مقصودة بالشرا ولشرائه ثم
من قبل البايع فصار المشتري كالمسلط على هذه الافعال من قبل البايع فصار امتناع الرد مضافا
اليه لا الى المشتري حكما فلا يمتنع الرجوع قوله والقليل ما لا يخلو عنه الجون عادة كالواحد
والاثنين في المائة مشكل لما سياتيك ان المسلم اليه اذا وجد بعض راس المال زيوفا بعد ما افترقا فرده
واستبدل به الجياد في مجلس الرد فان كان المردود قليلا صح وان كان كثيرا بطل عند ابي حنيفة
رحمة الله عليه رحمة واسعة لان القبض انتقض من الاصل ولهذا يعود الاجل لو كان
مؤجلا وكذا الكفالة والرهن وكانهما افترقا من غير قبض الا ان في القليل ضرورة لان الدراهم
لا ينفك عن زيف قليل ولا ضرورة في الكثير والقليل عند ابي حنيفة رحمة الله عليه رحمة واسعة
ما دون النصف والكثير ما فوقه وفي النصف عنه روايتان كذا ذكر في الكافي فقد اعتبر القليل
في مسئلة السلم ما دون النصف بل النصف في رواية وهنا اعتبر القليل واحدا واثنين
في المائة مع ان جهة الفرق في المسئلتين واحد وهي انه لا يخلو عن قليل فاسد او زيف
ووجه الفرق مشكل قوله ثم رد عليه اي بعد القبض لان التفصيل ذكر بقوله

فان قيل

فان قيل الى آخره انما هو اذا كان الرد بعد القبض لانه لو رد عليه قبل القبض فله ان يرده على بايعه
سواء كان الرد بالقضا او بالرضا لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل في حق الكل حتى لا
يتوقف على القضا فصار كانه لم تبع كذا ذكر في الكلم في رواية مشكل لما ذكر في باب البيع الفاسد
انه لو باع المشتري ثم رد عليه بعيب بقضا لم يملك بيعه من بايعه باقل مما باع لانه فسخ
من كل وجه بخلاف ما لو رد برضا قبل القبض او بعده او باقالة لانه بيع جديد في حق الثالث
والبايع الاول ثانيهما هذا كلامه ووجه الاشكال ظاهر حيث اعتبر الرد قبل القبض بالرضا بيعا
جديدا ثم حتى جاز للبايع ان يشتريه من المشتري الاول بعدما رد عليه مشتريه قبل القبض رضا
باقل مما باعه واعتبره فسخا من كل وجه هنا حتى جاز للمشتري الاول ان يرده على بايعه بعد
ما رد عليه مشتريه برضا قبل القبض والحق ما ذكر هنا لان بيع المبيع قبل القبض لا يجوز سيما
من البايع فانه لا يجوز في المنقول والعقار جميعا لا يفوت القبض المستحق بالعقد فيجب ان يجعل
الرد قبل القبض فسخا وان كان برضا فهذا في غاية الاشكال وغاية ما يمكن ان يقال
ان الرد بالعيب بالرضا قبل القبض ان كان فسخا في حق الكل فلا اقل من شبهة المبادلة من حيث
ان المشتري بملكه ثم يملكه البايع بمراضاة منهما وتخلل الثالث ولو حكما يمنع فساد شرائه
باقل مما باع الا يرى ان وكيل البايع اذا اشترى ما باعه لاجله باقل مما باع جاز حيث ينعقد بيع الوكيل
وموكله مبادلة حكمية حيث تسليم له المبيع من قبل الوكيل حتى كان له ان يرد عليه بالعيب ويتحالفان
اذا اختلفا في قدر الثمن او قدر المبيع فصار كانه اشتراه لنفسه ثم باع من البايع باقل مما باع ولو تخلل
الثالث حقيقة صح شراء ما باع باقل مما باع فكذا اذا تخلل حكما والمبادلة بين البايع والمشتري في صورة
الرد بالعيب ليس باقل من المبادلة بين الوكيل بالشراء وموكله وذا يكفي لجواز شرائه ما باع باقل منه
فهذا اولى وذلك انه فاسد ضعيف لكونه مجتهدا فيه او لانه يشبه الربوا فيكفي لجوازه شبهة تخلل الثالث
فاما الرد بالعيب فقد كان للمشتري ولاية ذلك فاذا باع من آخر ثم رد عليه قبل القبض برضا
فان هذا الرد ان اعتبر بيعا لم يكن له ان يرده على بايعه وان اعتبر فسخا كان له ذلك وقد كان
له الرد فلا ينقطع هذا الحق بالشبهة والله اعلم بالصواب قوله فان قيل بقضا القاضي
كان الاولى ان يقال فان رد بقضاء اذ لا عبرة للقبول في صورة القضا قوله لانه فسخ
من الاصل اي في حق الكل لتعذر اعتباره بيعا لانتفاء الرضا من المشتري الاول بالفسخ
والبيع الجديد لا يكون الا بتراضيهما كذا في الكافي فان قلت سياتيك في اول كتاب القسمة انه
جاز الاجبار على المبادلة كما في الاخذ بالشفعة وقضاء الديون وانه اشار الى ان المبادلة
ينعقد بالجبر عند مساس الحاجة وقد مست الحاجة هنا ايضا لاحتياج المشتري الى الرد كاحتياج
الشفيع الى الاخذ بالشفعة وقضا الديون والقسمة اجيب بان المراضاة هي الاصل في البيع
لا يعدل عنها الا عند الضرورة ومساس الحاجة الى اعتباره مبادلة من غير مراضاة وجعله راضيا

حكما دفعا للضرر عنه او عوض عنه ولا حاجة الى اعتبار الرد بالقضاء بيعا لامكان اعتباره فسخا من الاصل
واعادة الى قديم ملكه فكذا اعتبرناه فسخا لا بيعا والله اعلم بالصواب قوله غاية
الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا فان قلت قوله لا عيب به نفي لا عيب في كل
والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند الاول
ليس بشرط للرد على الثاني يوضحه ان التكذيب في الامكان انما يثبت لضرورة القضاء بقيام العيب
والقاضي انما يقضي بقيامه عند البيع الثاني فيقتصر التكذيب على انكاره العيب عنده ايضا فلا يكون
مكذبا في انكار العيب عند البيع الاول فينبغي ان لا يرد على بايعه قلت هذا الذي تشبث به محمد رحمة الله
عليه فقال ليس للمشتري الاول ان يرد على بايعه الا ان ابا يوسف رحمة الله عليه رحمة واسعة يقول
ان الانكار اما ان صدر منه مطلقا بقوله لانه عيب فيه او مقيدا بقوله لا عيب فيه حين بعته
وقبضته فان صدر مقيدا اذ الظاهر انه ليس بمنكر قيام العيب عند البيع الاول وما انكر فقد صار
منكرا فيه وله ان يرده على بايعه وان صدر مطلقا فهو متعرض له في قيام العيب عند البيع الثاني
فيكون متعرضا لانه خرج مخرج الجواب للمدعي وهو لا يدعي الا قيام العيب عند البيع الثاني والشرع
قد كذبه فيه وصار قوله وجوده كعدمه فيكون له الرد على بايعه قوله ومعنى القضاء بالاقرار
انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وفي المحيط ان كان له الرد بنكوله او باقراره بقضاء القاضي بان اقر
بالعيب اولا ثم ابى القبول يرد على البايع الاول لان هذا فسخ حصل بقضاء القاضي بغير رضا
المشتري الاول فيكون فسخا في حق الكل كالرد بالبينة وانما قلنا انه حصل بغير رضا المشتري
الاول اما نصا فظاهر واما دلالة فلان الرضى بالفسخ بطريق الدلالة يثبت من حيث انه
باشر سبب الفسخ بالنكول او بالاقرار بالعيب وهما ليسا بسبب الفسخ فان الفسخ لا يوجد بهما
وانما يوجد بقضاء القاضي عند اختياره وحكم الشيء لا يعقبه من غير ان يتخلل بينه وبين الحكم
فعل فاعل مختار هذا كلامه وذلك يشعر بان انكار الاقرار ثم اثباته بالبينة مما لا حاجة
اليه بل يكفي للقضاء بالاقرار ان يقر بالاقرار بالعيب ثم ابى القبول ولكن لقائل ان
يقول ان وجود العيب في يد البايع شرط الرد وفسخ العقد وقد نص في الكافي في باب طلاق
المريض ان الرضا بالشرط رضا بالمشروط حتى لو علق طلاقها بفعلها ففعلت والتعليق
والشرط في المرض والفعل مالها منه بد لم ترث لانها لما باشرت الشرط صارت راضية بالطلاق
فلا يكون الزوج فارا فالاقرار بالعيب رضا بظهور العيب في يد البايع والرضا بظهوره في
يده رضا بالفسخ لانه شرط الفسخ والرضا بالشرط رضا بالمشروط وقد ذكر في بعض
المواضع اشترى عبدا وقبضه واراد ان يرده بالعيب فقال البايع هذا العيب حدث
عندك فاستحلف القاضي فابى فرده عليه له ان يرده على بايعه ولو لم يابى اليمين ولكن

اقر بالعيب

اقر بالعيب لم يكن له ان يخاصم بايعه فهذا يدل على ان الرد على المشتري الاول
بقضاء او بغيره عند اقراره بالعيب يمنع الرد على بايعه فلا بد من التاويل فلعل المصنف رحمة
الله عليه رحمة واسعة اختار هذه الرواية فلذا اوله بما اذا انكر الاقرار ثم اثبت عليه
بالبينة ولكن هذا مشكل ايضا اما اولا فلان نكول المشتري اعتبر اقرارا في فصل الاستحقاق
حتى لو استحق المبيع بالبينة لم يكن له ان يرجع على بايعه بالثمن وذلك لانه مختار
في النكول من حيث ان مطلق اليمين وهو الشرى الذي من اسباب الملك موجودا في حقه
فلو كان اقراره مانعا للرد وجب ان يكون نكوله ايضا مانعا كما في فصل الاستحقاق واما
ثانيا فلان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو ثبت الاقرار معاينة لم يكن له ان يرد على بايعه
فكذا اذا ثبت بالبينة واما ثالثا فلما ذكر في الكافي في متفرقات كتاب الاقرار حيث قال ليس
في يد رجل فيه الف درهم اقر ان نصفه لفلان ودفع اليه بعضا ثم اقر ان نصفه لغيره فالباقي
منهما وقال زفر رحمة الله عليه رحمة واسعة يدفع اليه كل ما في يده لانه يضمن عنده لان القاضي
انما سلم باقراره فاضيف اليه ولنا انه يجوز ان يضمن بالاقرار لان الاقرار بمال الغير
لا يوجب الضمان ولا بالدفع لانه فعل القاضي فصار كالتاوي وان دفع ماله بغير قضاء
فالباقي للثاني لانه دفعه باختياره فكانه اتلفه ولو كان مكانه اقرار بالوديعة فعند ابي يوسف
كذلك وعند محمد رحمة الله عليه يضمن بكل حال لانه مامور بالحفظ والاقرار ضده هذا
كلامه فلم يجعلوا الدفع بالقضاء اذا كان مبنيا على الاقرار كدفع بالاختيار وجعل
الرد بالعيب بالقضاء بناء على اقراره به كشرطه بنفسه واختياره قوله يرجع اليه
اي يرجع الى البايع بالخصومة وليس المراد الرجوع اليه بنقصان العيب لانه ليس له
ذلك هنا قوله المتيقن بقيام العيب عند البايع الاول قلت المتيقن بقيام
العيب ان كان ثابتا عند البايع الاول ولكن الفسخ بالرضا لما كان بيعا في حق البايع
الاول تبدل ملك المشتري في حقه وتبدل الملك بمنزلة تبدل العين فصار كانما اشترى
المشتري الاول عبدا آخر من مشتريه على ان المتيقن بقيام العيب لا يوجب الفسخ بالمراضاة
حتى يمنع الرد على البايع بل يحتاج الى الخبر ومع الخبر لا يمكن اعتباره تبعا بل يكون فسخا
في حق الكل فيكون له الرد على البايع الثاني لم يوجد قوله حتى يحلف البايع او يقيم
المشتري بينة مشكل لانه جعل احدهما غاية لنفي الاجبار على الدفع ونفيه لا ينتهي
باقامة البينة بل يستمر وانما يصح باضمار شيء بان يقال او يقيم المشتري بينة فيستمر عدم
الاجبار كذا في الكافي قلت زيادة قوله فيستمر عدم الاجبار لا يصح هذا الكلام بل بعده
حيث يؤول الى ثم يجبر حتى يقيم المشتري بينة فيستمر عدم الاجبار وانه فاسد لان قوله
حتى يقيم يدل على انتهاء عدم الاجبار مع استمراره مستحيل لكان الثاني يبين انتهاء عدم الاجبار واستمراره

الا ان يجعل او بمعنى الا على معنى ان عدم الاجبار منتهى بالحلف فى جميع الاوقات الا وقت اقامة البينة
على وجود العيب فح لم يجبر اذ البينة بعد الحلف مقبولة فى احدى الروايتين وقد توهم لفظ المتن بان
المراد بالمشترى اذ الاشتراء مشترك بين اخراج المبيع عن ملكه وبين ادخاله فى ملكه والكلام من قبيل
وضع الظاهر موضع الضمير اى لتقيم العيب البايع بسبب على رضى المشترى بالعيب وبان المراد بقوله
لم يجبر التوقف فيه وينتظر حتى يحلف البايع فيجبر على دفع الثمن او تقيم المشترى البينة فيفسخ البيع
وبان الكلام على حذف المعطوف اى لم يجبر على دفع الثمن ولم يفسخ العقد حتى يحلف البايع فح يجبر على
دفع الثمن او تقيم المشترى البينة على وجود العيب عند البايع بفسخ العقد ويرد المبيع وكل ذلك لا يخ
عن تكلف قوله ودفع الثمن اولا اى قبل تسليم المبيع ولتعين حقه اى حق البايع فى الثمن لانه دين
لا يتعين الا بالقبض فيجب على المشترى تسليم الثمن لتعين حق البايع اى ليصير عينا كما تعين حقه
فى المبيع قبل التسليم لانه عين يتعين بالتعيين فيتحقق المساواة بين المتعاقدين كما يقتضى عقد المعاوضة
وبالجملة ان وجوب دفع الثمن على المشترى اولا ليس الا لتعيين حق البايع فى الثمن كما تعين حق المشترى فى
المبيع فاذا انكر تعيين حق فى المبيع بدعوى العيب لانه حقه فى السليم دون المعيب لم يجب عليه اولا هذا
حاصل المتن وفيه نظر لانه وضع المسئلة بعد قبض المبيع حيث قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى
عيبا ومعنى دفع الثمن اولا هو دفعه قبل دفع البايع المبيع اليه وهذا انما يفيد اذا كان وضع المسئلة قبل
القبض وقد وضعها بعد القبض فلا وجه لقوله ودفع الثمن اولا اى قبل قبض المبيع الى اخره فكانه
اراد بقوله فقبضه فقصد قبضه ولم يقبضه بعد حتى ادعى عيبا فانه لم يجبر على دفعه كما كان يجبر عليه
عند ارادة القبض لولا دعوى العيب او اراد بقوله قبضه احضره البايع ليقبضه فان قبضه ليس بشرط
فى الجبر بل يكفيه احضاره للقبض حتى لو احضره البايع بسلمه الى المشترى فيقال للمشترى سلم الثمن اولا
فيقال للبايع سلم المبيع فح يترتب عليه قوله ودفع الثمن اولا والله اعلم قوله ولانه لو قضى بالدفع
فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا للقضاء وذلك لان القضاء حق الشرع والاصل
فيه الصون فان قلت اذا بيعت الدار وله ثلاث شفعاء فحضر احدهم واثبت الاستحقاق جاز
للقاضى ان يقضى بالكل مع احتمال الانتقاض حتى لو حضر احدهما او حضرا يأخذ ثلثى الدار وثلثه اجيب بان
القضاء انما يجب صونه على البطلان بالتأخير اذا لم يتضمن التأخير ابطال حق العبد اما اذا تضمن فلا لان
القضاء حق الشرع وحق العبد لحاجته مقدم عليه صيانة وفى فصل الشفعة لو اخر القضاء الى وقت حضور
الشفعاء لتأخر حق الحاضر لا الى غاية معلومة اذ وقت حضورهم غير معلوم ومثل هذا التأخير يجرى مجرى
الابطال اما هاهنا فتأخير القضاء بدفع الثمن الى البايع لا يؤدى الى التأخير الى وقت غير معلوم لامكان الحصر
المحلف البايع او بينة المشترى فى الحال والدليل على ما قلنا ان المشترى لو قال شهودى بالشام لا ينتظر
الشهود بل يحلف البايع لان الانتظار تأخير حق البايع لا الى وقت معلوم وان كان فى القضاء توهم
الابطال باقامة المشترى البينة وقد اجيب بانه لا ينتقض القضاء حيث لا يرجع الى المشترى ولو انتقض

لرجع

لرجع عليه ثم اخذ منه الشفيع للحاضر وضعفه ظاهر نعم يشكل بما اذا ادعى استحقاق المبيع من يد المشترى
وصولم يؤدى الثمن او ادى بعضه يجبر على اداء الثمن هكذا حكى فتوى بعض المشايخ مع انه لو قضى
بدفع الثمن فلعله يظهر الاستحقاق وينفسخ البيع فينتقض بالدفع فيجب ان لا يقضى به صونا للقضاء
عن البطلان كما لا يقضى به فى فصل العيب لو دفع ليسترد ثانيا لا محالة وفى فصل الاستحقاق
لا يسترد ثانيا لا محالة لجواز ان القاضى لا يقضى ببينة المستحق او يجيز المستحق البيع ففيه نظر للقطع
بان احتمال ان لا يقضى بالبينة ثابت فى الفصلين وبعد القضاء بالعيب بالبينة يحتمل
ان لا ينفسخ البيع بان رضى المشترى بالعيب او يحدث عيب اخر قبل الرد فيمتنع الرد الا ان يقال
فى فصل الاستحقاق احتمال الاحتمال لجواز ان لا يقضى ببينة المستحق وبعد القضاء يحتمل
ان يجيز المستحق البيع اذ القضاء بالاستحقاق ليس بفسخ للبيع فى الصحيح والمعتبر هو الاحتمال
دون احتمال الاحتمال وفى فصل العيب ان كان يحتمل ان لا يقضى ببينة المشترى بعد القضاء بالعيب
رضى المشترى ليس بمتعارف فالتحق بالعدم واما حدوث عيب اخر فهو مع كونه نادرا فى مثل هذه
المدة ان كان يمنع الرجوع بكل الثمن فهو يحقق الرجوع بقدر النقصان فينتقض القضاء بذلك
القدر البتة يعرف بالتأمل ثم ذكر فى الفصول فى دعوى الدفع ادعى عبدا فى يد رجل فقال
المدعى عليه انى اشتريت من هذا المدعى بثمن عجز يده حتى تقيم بينة الشراء وهذا قياس وكان
يفتى ظهير الدين المرغينانى وفى الاستحسان يترك فى يده ثلاثة ايام ويؤخذ منه كفيل حتى تقيم
البينة على الشراء وعلى المديون اذا ادعى الايفاء يؤمر بالقضاء ثم يؤمر باثبات الايفاء وفيه
ايضا فى فصل دعوى الخارج مع ذى اليد اذا اقر المدعى عليه انه اخذ الدار من المدعى لانها كانت
ملكى فان كذبه المدعى فى الاخذ لا يؤمر بالتسليم اليه لانه رد اقراره ويقيم البينة على ذى اليد
وان صدقه فيه يؤمر بالتسليم اليه فيصير المدعى ذا اليد فيكون عليه اليمين وعلى الاخر
البينة هذا لفظه وتعليل الكتاب بصون القضاء عن البطلان يشير الى انه لا ينزع من
يد المدعى عليه اذا ادعى الملك او التملك على المدعى اذا كانت له بينة حاضرة والله
اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب قوله لانه على حجته فيه دليل على ان اقامة البينة
من المدعى بعد يمين المدعى عليه جائز وفى الجامع الصغير رجل قال لا بينة لى بحلف
خصمه ثم اتى ببينة يقبل فى قول ابى حنيفة رحمة الله عليه رحمة واسعة وقال محمد رحمه الله
عليه لا يقبل ولا يحفظ فى هذا رواية عن ابى يوسف رحمة الله عليه وفى جمع البحرين فى
قبول هذه البينة روايتان عن اصحابنا رحمهم الله فان قلت اليس يتضرر المشترى على
قول محمد رحمة الله عليه كثير ضرر حيث يجبر على دفع الثمن ولا يبقى على حجته قلت
حق المدعى عند العجز عن البينة وهو اليمين لقوله عليه الصلوة والسلام فلك يمينه
فالمشترى يستوفى حقه فى التحليف والبايع لا يصل بالتأخير الى حقه اصلا فكان
رعاية جانب البايع اولى من رعاية جانب المشترى بالتأخير الى وقت حضور الشهود

قوله والمراد بالتحليف على انه لم يابق عند البايع يحتمل يريد به التحليف على انه لم يابق عند المشترى
لقوله حتى يقيم المشترى على انه قد ابق عنده اى عند المشترى اذ المعنى فى يحلف ولا يخفى
ان التحليف بعد اقامة المشترى البينة على اباقه فى يده انما هو على انه لم يابق عند البايع لا على انه لم يابق
عند المشترى اذ لا معنى لهذا التحليف بعد ما ثبت العيب عنده بالبينة ثم اعلم بان قيام العيب فى الحال
شرط لاستماع الخصومة فان قيل اى فرق بين هذا وبين الدين فان من ادعى على آخر دينا وانكر
المدعا عليه قيام الدين فالقاضى يامر المدعى عليه بالجواب وان لم يثبت قيام الدين
فالقاضى فى الحال وكان السلامة عن العيب اصل والعيب فكذلك سلامة الذمة عن الدين اصل
والشغل عارض قلت الفرق بينهما هو ان قيام الدين فى الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة
لم يتوصل المدعى الى احياء حقه بشى لانه لا يكون له بينة اصلا او كانت له بينة ولكن
لا يقدر على اقامتها لموتهم او لغيبتهم اما فى دعوى العيب فلو شرطنا قيام العيب للحال
لاستماع الخصومة لتوصل المدعى الى احياء حقه لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد امكن
اثباته بالتعرف عن اسبابه وان لم يعرف بالاثار امكن التصرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل
كذا فى الشرح وهل يصح ان يقال ان المشترى لا يصير خصما الا بقيام العيب فى يده لان قيام
الخصومة مبنية على فوات وصف السلامة فلا بد اولا من اثبات ذلك بالبينة ليصير خصما كما فى دعوى
العقار لا بد ان يقول فى يده ويثبت بالبينة لانه يصير خصما الا باثبات اليد فلا بد من اثباته
اولا اما قيام الدين فى ذمة المدعى عليه فليس بشرط لصيرورته خصما فى اثبات الدين حتى يشترط
اثباته اولا بالبينة كيف ولو ثبت الدين بالبينة اولا لارتفعت الخصومة فلا يكون ذلك شرطا
لصحتها فظهر ان قيام العيب فى يد البايع ليس باعتبار ان السلامة اصل والعيب عارض بل باعتبار
ان ولاية المخاصمة لفوات وصف السلامة فلا بد من اثباته اولا ليصح مخاصمته مع البايع ولا كذلك فى
فصل الدين فافترقا قوله او بالله ما ابق عنده قط فان قيل فى دعوى الاباق والسرقة ينبغى
ان يحلف على العلم لانه تحليف على فعل الغير قلنا انما يحلف على الثبات لان البايع ضمن تسليم المبيع
سليما فالاستحلاف يرجع الى ما ضمن بنفسه ولان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى انه
لا علم له بذلك اما اذا ادعى ان له علما بذلك فيحلف على البيان الا يرى ان المودع يحلف على البيان
لادعاء العلم بذلك وان كان القبض فعل المودع كذا فى الشرح قلت الاستدلال بتحليف المودع على
البت مشكل لان رد الوديعة الى المودع يحصل بالتخلية التى هى قبض حكمى ولا شك ان التخلية فعل المودع دون
المودع فيكون تحليفه على فعله لا على فعل غيره وهو القبض الحقيقى الا ان يقال رد الوديعة انما يحصل
بالتخليف لقيامها مقام القبض باعتبار انها سبب له والشى اذا قام مقام غيره يعطى له حكم ذلك الغير
لا حكم نفسه فصارت التخلية لقيامها مقام القبض الحقيقى فعل المودع فيكون التحليف عليها تحليفا
على فعل الغير ثم القاضى الامام ظهير الدين قال هذا لا يتوى المسلمين احدهما رجلان باعا عبدا
من آخر ثم مات احدهما وورثه البايع الآخر ثم ادعى المبتاع عيبا فانه يحلف فى نصيبه بالجزم وفى نصيب مورثه
بالعلم

بالعلم عند ابى حنيفة رض وانه يدعى العلم بانتفاء العيب زمان البيع وكذلك المفاوضان اذا باعا عبدا او غاب
احدهما فادعى المشترى عيبا يحلف الحاضر فى نصيبه بالجزم وفى نصيب الغير بالعلم وان ادعى ان له علما
بذلك والجواب عن الاولى انه انما يحلف على نصيب مورثه باعتبار انه نائب عنه لا يدعى العلم فلا يحلف على
البيان وجاز ان يثبت الشى بجهة الاصالة ولا يثبت ذلك بجهة النيابة كمن باع عبد غيره ثم ظهر
فى حيوة رب العبد على اقرار المشترى انه لم يامره بالبيع فانه لا يقبل بينته لانه متناقض اما لو مات
رب العبد وورثه البايع ثم برهن على اقرار المشترى بذلك يقبل فانه فى حيوة المورث لو قبلت بينته
على هذا الوجه كانما يقبل من حيث انه اصل ومن حيث انه اصل هو متناقض وبعد الموت انما يقبل
من حيث انه نائب عن الميت والميت لو ادعى بنفسه لا يكون متناقضا فكذا نائبه كذا فى الكافى ومما
يخفى فيه ان كان الوارث يدعى العلم فهو لا يدعيه من حيث انه نائب عن الميت فلا جرم يحلف هذه لجهة على
العلم دون الثبات وبمثل هذا يقول فى الجواب عن الثانية وذكر فى المحيط ان صاحب العبد
لو لم يجد الوكالة حتى مات فورثه البايع فقال انه لم يامره بالبيع لانه ساع فى نقض ما تم من جهته ولانه
متناقض فان قلت ينبغى ان يلتفت اليه من حيث انه صار بمنزلة الميت وقام مقامه ومن هذا الوجه
لا يتحقق التناقض قلنا انما يلتفت الى قوله اذا صار بمنزلة الميت قائما مقامه فى هذا العيب وشرط
قيامه مقامه فى هذا العين بقاؤه على ملكه وذا لا يثبت بمجرد قوله ولو اقام بينة على اقرار المشترى
ان المالك يجحد الامر بالبيع قبلت لانه يثبت بينة اقرار المشترى ببطلان حقه ولا يريد ابطال ما اوجبه بالقول
الذى اوجبت البيع والتزمت التسليم الا ان المشترى نقض ما اوجب فانعدم التناقض هذا لفظه والله اعلم
بالصواب واليه المرجع والمآب قوله ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وذلك ان اليمين
ما شرعت الا لقطع الخصومة فلا توجه الا بعد توجهها فاما البينة فتشروع لاثبات ما ليس
بثابت لا لقطع الخصومة على الخصوص والمشترى محتاج لاثبات الاباق عنده فتقبل بينته
قوله فالقول قول المشترى فان قلت وجب ان يتحالفا لانهما اختلفا فى مقدار البيع اجيب
بان الاختلاف هنا من حيث المعنى فى مقدار ما يرجع به المشترى على البايع لا فى مقدار المبيع لانه
غير مقصود قوله فيكون القول للقابض لانه ينكر قبض الزيادة كذا فى الكافى وقد يقال
ان القابض وان كان منكرا فى الصورة قبض الزيادة فهو يدعى الرجوع بعدد الجارية
بكل الثمن والبايع وان ادعى فى الصورة قبض الزيادة فهو يدعى فى المعنى ينكر رجوعه
عليه بكل الثمن اى لبس له ان يرجع على بكل الثمن بل بحصة الجارية المعينة بعد
قسمة الثمن عليها وعلى التى ضمت معها وقد عرف ان البينة على اعتبار الظاهر
واليمين على اعتبار المعنى والمقصود كالمودع اذا ادعى رد الوديعة والمستودع ينكر
ردها فالقول للمودع وان كان مدعيا للرد لانه ينكر الضمان والمستودع يدعيه فالاولى

ان يقال انما يكون القول للقابض لانه اعرف بحال المقبوض لانه في يده الان فالظاهر شاهد له والقول قول من يشهد له الظاهر قوله ووجد بالاخر عيبا قيد بالاخر اي بغير المقبوض مع ان المسئلة فيما اذا وجد بالمقبوض عيبا كذلك لانه اذا وجد بالمقبوض عيبا ففيه اختلاف كما سياتيك فالجواب على الاتفاق انما هو فيما اذا وجد بالاخر عيبا قوله وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد وقد يشكل بما اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض حيث يبقى العقد ويتخير في المبيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيبت وسيأتيك المسئلة في كتاب الرهن فلو كان القبض كحكم العقد لما بقي العقد في هذه المسئلة لتعذر القبض الذي هو في حكم العقد الا يرى ان الذمي اذا اشترى من ذمي خمرا او خنزيرا فاسلما او اسلم احدهما ينفسخ البيع ويمنع عن القبض لما ذكرنا ان القبض في باب البيع له حكم العقد لانه يستفاد به ملك التصرف بعد القبض لا قبله والاسلام مانع منه وايضا اذا اشترى ارضا ونخلا بثمر فاقبل قبضه يمثل الثمر اخذ الكل بالثمن ولم يفسد العقد ولو كان القبض بحكم العقد بمنزلة العقد وجب ان يفسد العقد كما لو اشترى الارض والنخل مع ثمرها بمثل ثمرها والجواب عن الاول ان الشارح ذكر في الكافي في كتاب الشركة قلنا ان يمنع واما اذا تبايع الذميان فاسلم احدهما قبل القبض ففيه ايضا اختلاف المشايخ اشار اليه في الكتاب في باب الكتابة الفاسدة حيث قال واذا تبايع الذميان فاسلم احدهما يفسد البيع على ما قاله القبض هذا لفظه وفيه اشارة الى الخلاف فكانت مسئلتنا التخمر والاسلام سواء فلا يحتاج الى الفرق وعن الثاني ان قبض الثمر الذي اثمر النخيل المبيع مع الارض ليس بقبض للمبيع حتى يكون كالمبيع قوله خلافا لزفر رحمة الله عليه رحمة واسعة فانه يقول فيه تفريق الصفقة الى اخره هكذا ذكر في المبسوط وغيره وذكر في المختلف ما يخالفه فقال اذا اشترى عبدين فوجد باحدهما عيبا قبل القبض رده بحصته من الثمن عند زفر رحمة الله عليه رحمة واسعة كما لو وجد به عيبا بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبل القبض كذا في الكافي فعن زفر رحمة الله عليه رحمة واسعة روايتان في رواية لم يجز تفريق الصفقة قبل القبض وبعده فقاس ما قبض قبل القبض كذا في الكافي فعن زفر على ما بعده ووجه الاولى ان التفريق قبل القبض انما لا يجوز لما فيه من الاضرار للبائع بفوات عرضه وهو ترويج الردى بالضم مع الجيد وهذا الاضرار قائم في التفريق بعد القبض فلا يجوز ايضا ووجه الثانية ان التفريق بعد القبض انما جاز لان علة الرد هو العيب وقد وجد في احدهما والحكم يثبت بحسب العلة فلا يتعدى الى غير المعيب وهذا المعنى موجود قبل القبض ايضا فيكون الحكم في الحالتين فيصح التفريق فيهما صيانة للحكم في الوجهين قوله ومراده بعد القبض وانما اراد ذلك لان هذا الحكم قبل القبض لا يختص بالمكيل والموزون قوله اما الركوب لا للرد فلانه سبب الرد قلت بل التسبب

تبدك

هو المسبوق

هو المسبوق الى البائع او القود اما الركوب فزائد على ما يحصل به الرد لم قد يحتاج اليه اما لصعوبة الدابة او لعجزه فيجب ان يكون الجواب في الركوب للرد على التفصيل كما في الركوب للسقي والعلف كما هو احدى الروايتين في الكافي ولو ركب للرد او للسقي او ليسري عليها لا يكون رضا استحسانا لانه يحتاج في ردها الى سوقها وربما لا ينقاد لها ما لم يركبها وكذا في سقيها وعلفها وقيل تاويله اذا لم يمكنه الرد والسقي واشتراء العلف الا بالركوب بان كانت جموحا لا يمكن ضبطها وقيل الركوب للرد لا يكون رضا وان امكن الرد بدون الركوب لانه يفضي الى الرد ولا كذلك الركوب للسقي والعلف كذا كلامه قوله محمول على ما اذا لم يجد بدا منه قلت بل يجب ان يكون الجواب مطلقا غير محمول على ذلك كما هو احدى الروايتين على ما ذكرنا من الكافي وذلك في عدم امكان السوق الا بالركوب على اعتبار بعض الزودات يكفي لكونه عفوا الا يرى انه لو اوقف الدابة لاجل الروث وراث معظم انسان يروثها لم يضمن لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف فقد حكموا بعدم الضمان مطلقا على اعتبار عادة بعض الدواب ولم يفصلوا بينما اذا كانت الدابة لا تروث الا بالايقاف وما اذا راثت في حال السير ايضا فكذا هنا يجب ان يكون الركوب للسقي والعلف رضا بالعيب على اعتبار بعض الدواب لانها لا تنقاد الا بالركوب وايضا لما كان الجواب عند بعض المشايخ مطلقا غير مقيد بما اذا لم يجد منه بدا وجب ان يجري جواب الكتاب على اطلاقه اذ المطلق اذا امكن اجراؤه على اطلاقه وجب ان يجري عليه ثم لو كان المختار عند المصنف هو التفصيل لزمه ان يكون اطلاق الجواب والصحيح هو التفصيل فاما حمل جواب الكتاب على ما هو مذهب البعض من التفصيل مع امكان ان يكون المذكور في الكتاب قول من لم يفصل فلا يعرف وجه التحكم الا ان يكون الاختلاف بين العلماء في قول محمد رحمه الله في الكتاب بانه مطلق ام على التفصيل في الكل وبعضهم انه على التفصيل في الركوب للسقي او لشراء العلف وعلى الاطلاق في الركوب للرد وهو مختار المصنف رحمه الله قوله له ان يرده ويأخذ الثمن في جميع الثمن وله ان يمسكه ويرجع بنصف الثمن لان اليد من الادمي نصفه قوله وعندهما يرجع بما بين قيمته اي يرجع في الثمن بحسب تفاوت ما بين قيمته سارقا الى غير سارق اي يقوم سارقا وغير سارق فينظر كم ما بينهما من التفاوت بينهما فان كان بالنصف يرجع بنصف الثمن وان كان بالثلث يرجع بثلث الثمن وعلى هذا مثلا قيمته سارقا عشرين درهما وغير سارق ثلاثون درهما والثمن خمسة عشر درهما يرجع بثلث الثمن وهي خمسة دراهم اذ التفاوت بينهما بالثلث قوله اذا قتل بسبب في يد البائع في الكتاب كالرجم وغيره وهذا في صحته يحتاج الى مزيد تامل قوله وصار كما اذا قتل المغصوب الخ وقد يفرق بين البيع والغصب ان الغاصب قد ضمن قيمة المغصوب بنفس الغصب ثم اذا قتل بسبب عند الغاصب يسقط بعد الرد الى المالك فما ذكر ابو حنيفة رحمه الله يقتضي ان لا يسقط عنه شيء من قيمته وما ذكر يقتضي ان

فلا يسقط بالشك وفي مسئلة البيع قد وقع الشك في الرجوع بكل الثمن فلا يثبت الرجوع
بالشك قوله وممنوعة بعد التسليم فالجارية تموت بتركم الام التي تحدث عند الولادة
فصار كالجارية المحمومة عند البائع فماتت في يد المشتري قوله ومن باع عبدا وشرط البراءة
من كل عيب فليس له ان يرده بعيبه ان لم يسم العيوب وقال الشافعي رحمه الله ان لا يصح
البراءة وذكر في شرح الحاوي ان باع بشرط براءة عيب لا يعلمه البائع في الحيوان لا
يبطل العقد بخلاف ما يعلمه وبخلاف ما يعلمه غير الحيوان لما روي ان ابن عمر رضي الله تعالى عنه
باع عبدا من زيد بن ثابت بثمان مائة درهم بشرط البراءة فاصاب زيد به عيبا فاراد
رده لم يقبله ابن عمر فترافعا الى عثمان وقال عثمان لابن عمر اتحلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال
لا فرده فباع ابن عمر بالف درهم والفرق من جهة المعنى بين ما يعلمه وبين ما لا يعلمه ان كتمان
العيب تلبيس والفرق بين الحيوان وغيره ان الحيوان قلما ينفك عن عيب خفي وظاهر فتمس
الحاجة الى هذا الشرط فيه لتوقف بلزوم البيع الى هنا كلامه وبهذا تبين ان خلاف الشافعي
رحمه الله في العبد وغيره من الحيوانات انما هو اذا اشترط البراءة وهو يعلم بالعيب اما
اذا لم يعلم فالشرط صحيح عنده ايضا فذكر خلافه في العبد مطلقا والتعليل ببطلان الابراء عن المجهول
للمشتري بخلافه اذا علم بالعيب وفيما اذا لم يعلم ليس كما هو والله تعالى اعلم قوله بناء
على مذهبه عن الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد
بالرد وتمليك المجهول لا يصح فان قلت انما يكون في الابراء معنى التمليك اذا كان ابراء عما
يكون مالا من وجه كالدين اما ما لا يكون مالا ويحتمل التمليك بوجه فهو اسقاط محض كالعفو عن
القصاص والابراء عن العيب مثل العفو في القصاص فيكون اسقاطا محضا والاسقاط
عن المجهول جائز بلا نزاع قلنا حصة العيب تجب على البائع بعد قبض المشتري المبيع على ما
ذكرنا من الكافي فيكون الابراء عن العيب ابراء عما يخصه من الثمن بعد القبض وحصته دين يحتمل
التمليك فيؤدي الى تمليك المجهول وانه باطل وفيه بحث لان حصته انما تجب بعد القبض والابراء
عن العيب ربما يكون قبل القبض وقبل القبض لا دين ها هنا حتى يؤدي الى تمليك المجهول وهذا
التعليل من قبل الشافعي رحمه الله انما يتم اذا ثبت ان الحقوق عنده في حكم الاموال في احكام

باب البيع الفاسد قوله احد العوضين ذكر بطريق التغليب لان احدهما عوض كذا
في الحاشية قلت بل كل منهما عوض عن الثمن في حق المشتري والثمن عوض عن المبيع في
حق البائع فجاز ان يسمي الثمن والمثمن عوضا بلا تغليب قوله محرما اي محرما انتفاعه فلا يرد
السرقين والعذرة المخلوطة ونحوها لانه وان كان محرم الاكل فهو جائز الانتفاع بحيث ينتفع
به بالالقاء في الاراضي لكثرة الريع وجعله وقودا وكذا بيع الكلب جائز وان كان محرم الاكل
لجواز الانتفاع به حراسة واصطيادا ومثل الفهد والسباع البهائم والطيور فعلم انه اراد بقوله

فان المبيع عوض ظ

بحرم ما حرم الانتفاع بحيث لا يجوز الانتفاع بعينه اصلا اما ما جاز الانتفاع به في الجملة فبيعه جائز نعم يشكل
بشعر الخنزير فانه يباح الانتفاع به لجواز استعماله في عمل الخرز ولا يجوز بيعه الآن يقال انما جوز
الانتفاع به لضرورة ان عمل الخرز لا يتأتى بغيره فلا تظهر في حق جواز البيع او يقال انه يؤخذ
في السكك مجانا فلا يكون مالا اذ المال ما يجري فيه الشح والضن ولا يؤخذ في السكك مجانا
قوله والبيع بالميتة والدم باطل قال الشارح هذا يحتاج الى التاويل فان بيع المنخنقة
والموقوذة جائز عند الكفرة ذكر في التجنيس اهل الكفر اذا باعوا الميتة فيما بينهم لا يجوز لانها
ليست بمال عندهم ولو باعوا ذبيحتهم وهو ان يخنقوا الشاة او يضربوها حتى تموت يجوز لان
عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا الا ترى ان مجوسيا اذا ذبح وباع فيما بينهم يجوز وان كان ميتة
عندنا بهذا اللفظ قلت قال ابو الحسن في الجامع الصغير في ذبيحة المجوسي فكل شيء عندهم كالخنق
والوقذ فانه يجوز البيع بينهم عند ابي يوسف رحمه الله فلو استهلكه مسلم ضمن القيمة وليست كالميتة
حتف انفها وقال محمد رحمه الله هي والميتة سواء وهكذا ذكر في التجنيس من غير خلاف محمد رحمه الله
فعلى هذا يحتمل يمكن ان يحمل عموم قوله البيع بالميتة والدم باطل على مذهب محمد رحمه الله كما حمل
في كتاب الطهارات فالمعاني الموجبة للغسل انزال المني على وجه الدفق والشهوة على قول
ابي يوسف رحمه الله لانهما لم يجعلا الدفق شرطا قوله لا يعد مالا عند احد فان قلت
فكيف جاز بيع الخمر عند شدة الحاجة على ما ذكرنا من المحيط والذخيرة في باب المدبر في كتاب
العتاق فعليك به قلت كانه يعتبر مالا عند الضرورة والله اعلم قوله فاسد الوجود حقيقة
البيع اي ليس ببيع لوجود حقيقة البيع او منعقد على وجه الفساد وقوله لوجود علة الانعقاد
قوله فانه مال عند البعض كان من حقه ان يقول مال عندنا كما صرح به في الاسرار وكذا
ذكر في المحيط والايضاح كون الخمر مالا من غير تعرض للبعض وكذا ذكر في الكتاب بعد هذا بقوله
ووجهه ان الخمر مال وكان المراد من قوله فانه مال عند البعض نفي ماليته عنده لا يصح دعواه بجواز
البيع بالخمر والخنزير فاسد فانه لو لم يكن مالا يكون الشراء به باطلا لا فاسدا كما لو اشترى بالدم
بالدم فقوله مال عند البعض مستقيم كذا في الشرح وقد اجيب بان معناه مال متقوم عند البعض
فقوله عند البعض متعلق بقوله متقوم لا بقوله مال قوله يكون امانة عند بعض المشائخ قلت
هذا القول يشكل بما اذا قال رجل ان كنت دخلت هذه الدار امس فعبدي حر وقال آخر
ان كنت لم تدخل هذه الدار امس فعبدي ولم يدر ادخل ام لا لم يعتق واحد منهما ولو تقابضا الحالف
عتقا وضمن كل واحد قيمة ما اشترى وضمن كل واحد منهما معتبر بفساد العتق حيث
قال بادلت ملكي بحر الا انهما لم يصدقا فيما يرجع الى ابطال حق العبد وهو الشراء فحكمنا بصحة الشراء
ابتداء صيانة لعقدهما عن البطلان حتى يعتقا بلا قبض لكنهما بطل بحكم العقد الفاسد لا قرارهما
به وحكم رد القيمة اذا تعذر رد العين وقد تعذر بالعتق كذا ذكر في الكافي في باب اليمين

فعند يضمن كل واحد من المحالفين قيمة ما اشترى مع انهما يزعمان ان العقد باطل باقيا
مع ذلك يضمنان القيمة حيث يضمن كل واحد منهما قيمة ما اشترى فلو كان المبيع في البيع الباطل
غير مضمون وجب ان لا يضمن المحالفان اللهم الا ان يكون في المسئلة روايتان و
لكن المسئلة مذكورة من خلاف قوله لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم
الشراء قلت بل هو ادنى منه اذ هو مقبوض بجهة العقد وجهة التي ملحقة بحقيقته فاما
بالشراء الباطل فليس بمقبوض بالعقد لبطلانه ولا بجهة العقد اذ الباطل لما كان معدوما
صار كانه سلم اليه المبيع امانة بلا عقد وجهة عقد اذ جهة الشيء انما يتصور فيما يتصور حقيقته
وهنا لا يتصور حقيقة الشراء العدم وكونه او محله او فائدته فلا يتصور جهة الشراء ايضا ومتى
انعدم العقد وجهته بقي امانة فيهلك مجانا قوله والفاسد يفيد الملك اي الفاسد المطلق
بخلاف الفاسد الذي فيه خيار شرط فانه لا يفيد الملك بعد القبض وذلك ان الفاسد لا يربوا
على الصحيح وانه لا يفيد الملك اذا كان ملكا مطلقا ليس فيه خيار شرط فكذا الفاسد
قوله حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير فان قلت قضية عقد
المعاوضة المساواة فاذا لم يجب الملك في عين الخمر والخنزير ينبغي ان لا يجب فيما يقابله ايضا لان
ملك احد البدلين دون الآخر يفوت المساواة اجيب بان المساواة انما يجب رعايتها
لحق المتعاقدين فلو اسقط احدهما حقه لم يجب رعايتها كما لو سلم البائع المبيع قبل اداء الثمن وهنا
لما اقدم على البيع بالخمر والخنزير مع علمه بانهما لا يملكان فقد رضي بسقوط حقه في المساواة نعم
يشكل بما مر من قوله وخيار المشتري لا يمنع خروج عن ملك البائع الا ان المشتري
لا يملكه الى ان قال ولابي حنيفة رحمه الله انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في
لاجتمع البدلان في ملك واحد حكما للمعاوضة يقتضي المساواة بهذا كلامه ولا يخفى انه
لو ملك صاحب الخمر العين الذي اشترى به ولا يملك الخمر مشتريه لسبق الخمر وملك
صاحبه اذ لو خرج عن ملكه لا الى احد يكون سائبة ولا عهد له في الشرع فلزم ان يجمع
البدلان اعني الثوب والخمر في ملك واحد حكما للمعاوضة ولا عهد له في الشرع
فكان الممنوع هو اجتماع البدلين في ملك احد على الصحة دون الفساد اذ الملك الفاسد
واجب الرفع فكان وجوده كعدمه قوله وجه الفرق اي بين بيع الخمر بالدين وبين بيعه
بالعين قوله وكذا الخنزير مال عند اهل الذمة يشير الى انه ليس بمال عند اهل الاسلام وهو
مال عندهم ايضا حتى يجري التوارث بالخنزير بين المسلمين وما ليس بمال لا يملك بسبب من
الاسباب ولهذا ذكر في الايضاح ان الخنزير مال مطلق عن هذا القيد حيث قال
واذا اشترى بالخمر او الخنزير فقد ذكر مالا وانها متقومة في حق اهل الذمة وانه
لو لم يكن مالا عند اهل الاسلام لكان البيع بالخمر والخنزير باطلا فيما بينهم كالبيع بالميتة

المنحة

المنحة والدم وهو فاسد لا باطل الا ان يمنع كون الخنزير مالا عند اهل الاسلام
وكون الخمر مالا عند الكل فصح تقييد مالية الخنزير بقوله عند اهل الذمة ومالية الخمر
فيما تقدم بقوله عند البعض وذلك ان المال ما يميل اليه الطبع ويجري فيه الشح
والضنة ولا كذلك الخنزير في حق المسلم فان طبع المسلم ينفر عنه فلا يكون مالا في حقه وكذا
الخمر لا يميل اليه طبع الزهاد وانما يميل اليه طبع الفسقة والكفرة فكان مالا عند البعض
واما جريان التوارث وانعقاد البيع فيعتمد المالية في الجملة وفي حق البعض وفي هذا ظهرت
النكتة في تقييد مالية الخمر بقوله عند البعض دون ان يقول عند اهل الذمة لانه مال عند بعض
اهل الاسلام وتقييد مالية الخنزير بقوله عند اهل الذمة دون ان يقول عند البعض
لانه ليس بمال عند احد من اهل الاسلام قوله وفي تمليكه بالعقد مقصودا اعزاز له اذ الاشارة
الى الشراء اعزاز للمشتري فلا يجوز شراء الخمر لانها مستهانة فلا يجوز اعزازها
وذكر في كتاب الكراهة انه يكره بيع اراضي مكة عند ابي حنيفة رحمه الله وعليه يقول
لانها حرة محرمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيه حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها
ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع هذا كلامه وقد اشار الى ان استهانة بالمبيع فلا يجوز
بيع ما هو محترم شرعا وتحقيقه ان البيع اعزاز للمبيع من حيث انه يجعل مقصودا بالتملك
بالعقد واستهانة له من حيث انه ابتذال فلا يجوز بيع ما هو مستهان من كل وجه كالخمر لما فيه من
اعزازه من وجه ولا بيع ما هو مكرم محترم من كل وجه كاراضي مكة لان فيها استهانة من وجه
بل يجب ان يكون المبيع مكرما من وجه مستهانا من وجه والله اعلم قوله لما انما يجب
في الذمة ولو كان مقصودا لاشترط تعيينه ووجوده واما المسلم فيه فهو ايضا قبل الاجل
الذي تقدر به على اكتسابه معدوم فكان موجودا حكما قوله لان مشتري الثوب انما
يقصد تملك الثوب دون الخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر وقد بقي الامر في حق
مشتري الثوب كذلك اما مشتري الخمر فلا يقصد بالعقد الا تملك الخمر والثمن وان كان تابعا
بالنظر الى العقد من حيث انه يتوقف على وجوده انما يتوقف على وجود المبيع فاما بالنسبة
الى العاقد فهو مقصود بالتملك لا سيما في بيع المقايضة فان كل من البدلين فيه
مبيع وان دخل على احدهما فيقتضي البيع بالخمر اعزازه في حق مشتريه قوله و
معناه باطل فان قلت لو كان بيع هؤلاء باطلا لكان بيعهم وبيع الخمر سواء فيجب
ان ينفذ البيع في القن اذا ضم اليه هؤلاء كما ينفذ بيعه اذا ضم اليه الحر وليس كذلك
المراد من البطلان هو ان لا يملك هؤلاء عند اتصال القبض بهم كما يملك المبيع عند اتصال
القبض في سائر البيوع الفاسدة كذا في الشرح او يقول بطلان العقد في المبيع عبارة
عن عدم الانعقاد وبيع هؤلاء غير منعقد في حالة الانفراد وفي حالة الانضمام مع القن ان كان

منعقد لان الانعقاد ليس في الفسخ بل في حق ما ضم اليه من القن فالعقد في
هولاء غير منعقد في الفسخ لعدم تصور حكم البيع فيهم والشيء انما يبطل ببطلان محله يبطل
ببطلان حكمه ايضا كبيع مال الغير من نفسه فعلى هذا يكون البطلان على الحقيقة ثم اعلم
ان العقد في شيء متى بطل لانعدام المحلية لا يثبت حكم المبيع فيما ضم اليه ومتى بطل لعدم
الحكم يظهر الانعقاد في حق ما ضم اليه لان البطلان باعتبار عدم الحكم انما هو باعتبار
عدم الفائدة وفي الانعقاد في حق ما ضم اليه لان البطلان فائدة فيجب القول به ثم
المراد بقوله باطل البطلان الموقوف دون حتى لو قضى بجواز بيع ام الولد والمدبر او رضي
المكاتب ببيعه ينقلب جائزا قوله وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان
الاهلية بعد الموت بهذا اثنا فيما ذكر في اخر باب العبد يعتق بعضه من قوله وفي المدبر
ينعقد السبب بعد الموت هذا اثنا فيما ذكر باب العبد يعتق بعضه من قوله وفي المدبر ينعقد
السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقق مقصوده بهذا اللفظ وقد ذكرناه تحقيقه
قوله وقال عليه قيمتها وهو رواية عنه اي عن ابي حنيفة رحمه الله فان قلت ام الولد
غير متقومة عنده فكيف تجب قيمتها على هذه الرواية قلت انها ان لم تكن متقومة لكنها
محترمة وهذا القدر يكفي لوجود الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفى احد الاولياء وجب
المال للباقين كذا في الشاهان وفيه نظر لان احترامها لو كان يوجب ضمان البيع
لوجب ضمان الغصب ايضا وليس كذلك اللهم الا ان يلتزم ويقول انها كما تضمن بالبيع
على هذه الرواية يضمن بالغصب ايضا وذكر الشارح المحقق ان الروايتين عن ابي حنيفة في
حق المدبر اما في حق ام الولد فقد اتفقت الروايات عنه انها لا يضمن بالبيع والغصب فعلى
لا اشكال اصلا وذكر في الشاهان في كتاب المكاتب ان في تقوم ام الولد روايتان
عن ابي ح رحمه الله فكان الامر في تصحيح قوله وهو رواية عنه اسهل ولكن ما ذكر الشارح من انه
اتفقت الروايات عنه في حق ام الولد انها لا تضمن بالبيع والغصب يدل على انها غير
متقومة عنده باتفاق الروايات اذ لو كانت متقومة في رواية لكانت مضمونة بالبيع و
الغصب في تلك الرواية اذ الضمان يدور مع التقوم وجودا وعدما فلا تكون
الروايات متفقة في انها لا تضمن بالبيع والغصب قوله ثم دخلان في البيع يملك ما يضم
اليهما من القن ملكا صحيحا ولو لم يدخلا فيه لكان الملك في القن فاسدا لانه بحصته حيث
يكون بيع القن المضموم اليهما حينئذ معا بشرط قبول العقد في غير المبيع او فصل الثمن
او بالحصة ابتداء ان لم يفصل قوله بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه
القبض وهذا الضمان به وقد يشكل بهذا ما اذا اشترى جارية كاتبها ثم قبضها فحاضت
بحيضة ثم عجزت عن اداء بدل الكتابة فانه يجزي بالحيضة التي حاضت حال الكتابة ولا يجب

عليه

ولا يجب عليه الاستبراء بحيضة اخرى ووجه الاشكال ان الحيضة التي هي بعد الشراء
قبل القبض لا تجزي بنوع الابراء فلو كانت المكاتب لا يتحقق فيه القبض لما سقط الاستبراء
بالحيضة التي حاضت قبل العجز من اداء بدل الكتابة لانها حيضة قبل القبض فلا يسقط
به الاستبراء ولئن ثبت ان الكتابة نفسها قبض كلها عتاق والتدبير اتفاقا والتزوج
في رواية عن ابي يوسف رحمه الله فان اعترضت قبضها فقبضها ممكنا والوطئ كالقبض الحاصل
والحرمة وبحل الحرمة عارضة لزم ان يسقط الاستبراء اذا حاضت في يد البائع وذلك
خلاف ما يشير اليه لفظ الكتاب في فصل الاستبراء على ما سيأتيك ان شاء الله تعالى والا
لزم ان يجب الاستبراء اصلاً لان سببه القبض المتمكن من الوطئ ولم يوجد قوله ولو
سعد عليها الرجل لعدم الاحراز بمجرد الاجتماع في ملكه الا يرى انه لو باض الطير فيها او فرخ
لم يملكه لعدم الاحراز غيرها اولى فان قيل لو عسل النحل في ارضه فالعسل يملكه بمجرد الاتصال
بملكه من غير ان يحوزه او يذهب اليه موضعا قبل العسل يصير قائما بارضه على وجه القرار
فصار بمعنى ارضه كالزرع ينبت فيها بخلاف بيض الطائر وفرخها والسمك المجتمع في الارض بنفسها
فانها ليست فيها على وجه القرار كذا في الشرح لا يقال لو كان الاتصال بالارض المملوكة على وجه
القرار احرازا لكان ينبغي ان يصير الكلاء النابت في الارض المملوكة مملوكا لصاحبها لانها تملك بالاحراز
لانا نقول انما تملك بالنص وهو قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلاء النابت في الارض
المملوكة اذ لو اريد النابت في غير مملوكة لاحد لم يستقم الحصر وعلى العلات لان هذا الكلاء مباح
وكل مباح يشترك فيه الناس نعم قد يناقش في دعوى اتصال العسل والزرع في الارض على وجه
القرار لما سبق ان الزرع كالمتاع الموضوع في البيت حتى لا يدخل في البيع من غير تعيين
والعسل دون حاله من الزرع وجوابه يتقدم قوله ولا بيع الطير في الهواء وذكر الامام التمرتاشي
رحمه الله ولو باع طائرا يذهب ويجيء كالحمامة فالظاهر انه لا يجوز وذكر في فتاوى قاضي خان
وان باع طائرا في الهواء ان كان راجعا يعود الى بيته ويقدر على اخذه من غير تكلف جاز
والا فلا قوله ولو ارسله من يده غير مقدور التسليم يشير الى الصيد بعد ارسله وطار في الهواء لا
يخرج عن ملكه فان قلت وجب ان يخرج لانه الاحراز هو السبب لملك الصيد لا يخرج الملك
عن ملك المسلم بعد انتهاء احرازه باستيلاء الكافر على ما عرف في الكتاب اجيب بان الاحراز بالدار
يكفي لبقاء الملك حتى ان الكافر لا يملك مال المسلم ما دام في دار الاسلام فكذا الصيد
ما دام في دار الاسلام فهو في حرز المالك حكما حتى لو دخل دار الحرب فالظاهر انه لا ينبغي في
ملك مالكه قوله لانه من اوصاف الحيوان فصار كاطرافه قلت اذا باع الصوف على ظهر الغنم
فلا يخلو ان يدخل صوله في البيع اولا فلان دخل فسد البيع فانه لا يمكن قلعه كما لا يمكن قطع طرفها
من اطرافه وان لم يدخل اختلط المبيع بغيره لانه ينبت من اسفل فهذا ان التعليلان ساببه على هذا

التزويه وبه يسقط ما يقال على الاول انه انما يجوز بيع سائر الحيوان لكونه غير مقدور التسليم وهذا الجزء
مقدور التسليم لامكان تسليمه من غير ضرر بالبائع بان يجز ثم يسلم **قوله** ولانه ينبت من اسفله فان
قلت يمكن الاحتراز عن هذا الاختلاط بان خضب الصوف بالحناء او غيره ثم يبيعه فيكون
للمشتري والاخر للبائع قلت لا يجوز للدليل الاول وهو انه من اوصاف الحيوان فانه يدل
على عدم جواز البيع مطلقا عند الخضاب وغيره وفيه نظر لان التعليل الاول على تقدير ان يدخل
اصول الصوف في البيع والامر يصح لما ذكرنا والثاني على تقدير ان لا يدخل اصوله في البيع فلا يمكن
احالة عدم الجواز عند الخضاب على التعليل الاول يعرف بالتامل بل الظاهر انه بالحديث وهو انه
عليه السلام نهى عن بيع الصوف في البيع على ظهر الغنم **قوله** ولانه ينبت من اسفل الى آخره
يشكل ببيع الكراث فانه يجوز وان كانوا ينموا من اسفل فالفرق الصحيح ان القياس في القوائم
ان لا يجوز لانه اختلط المبيع بغيره لان المحل الحاصل في الاعلى يكون من اصل الاسفل الا انا تركنا القياس
للتعامل كما في الاستصناع كذا ذكره في الكافي انه قلت قوله في القصيل لانه يمكن قلعه بقطع هذا الاشكال
قوله والقطع في الصوف متعين اي موضع القطع في الصوف متعين فعلى هذا لا فرق بين
القوائم والصوف وفي بعض النسخ غير متعين على هذا يكون للفرق بين القصيل والصوف
وفي بعض النسخ غير متعين كذا ذكر في الحاشية فكانه سهو من الكاتب اذ لو كان المعنى موضع
القطع متعين لم يستقم قوله فيقع التنازع في موضع القطع لان تعين موضع القطع يقطع التنازع
فيه ضرورة انه انما يقع طرفاه موضع القطع ولا جهالة مع التعيين ولانه لو كان المعنى هكذا
لم يصلح هذا للفرق بين القوائم والصوف اذا تعين موضع القطع يقتضي ان يجوز بيع
كما يقتضي بيع الصوف ثم على ان يكون النسخة غير متعين انما يصلح للفرق بين القصيل والصوف
اذا كان موضع القطع في القصيل متعينا لكون المعنى وموضع القطع في الصوف غير متعين فيقع ...
بيعه وفي القصيل موضع القطع متعين فلا يقع التنازع فيجوز فلا نسلم ان موضع القطع في القصيل
كموضع القطع في الصوف انما يفترقان في القطع والقلع والصواب ان يقال لو كانت النسخة
والقطع في الصوف متعين فالمقصود هو الفرق بين مسئلة الصوف ومسئلة القصيل
اي القطع في الصوف متعين فلا يجوز فيه القلع فيقع التنازع في موضع القطع لان موضعه غير متعين
فالمعنى وموضع القطع في الصوف غير متعين فكان للفرق بين القوائم ومسئلة الصوف من حيث ان
موضع القطع في القوائم متعين فيجوز بيعه وفي الصوف غير متعين فلا يجوز قوله حيث يجوز بيعه فيما روي
عنه وما ذكر انه يختلط المبيع بغيره فجوابه ان التسليم في البيع بتعجيل التسليم مستحق للبيع ان يقول
اذا لم يمكنه التسليم الا بضرر يلحقه يتوانى في التسليم ويماطل فيه عادة اذا لم يرد لا يتحسر على الحاق
الضرر بنفسه فالمشتري يطالبه فيفضي الى المنازعة فيفسد اما اذا قلع فقد زال المانع فيجوز ثم يشكل
بما اذا باع ارضا فيها زرع لم يستحصد فانه يجوز مع انه لا يمكنه تسليمه الا بضرر يلحقه حيث لو لم يقلع

وهو يتضرر بالقلع وجوابه انه يمكن دفع الضرر في بيع الارض وفيها زرع بان يستاذن من
المشتري ان يترك الزرع في الارض الى ان يستحصد ولا يطالبه المشتري بتسليمه الى وقت الحصاد
فلم يكن ضررا لازما فلا يعد ذلك عجزا عن التسليم بخلاف بيع الجذع في السقف فان الضرر فيه لازم
حيث لا يمكنه تسليمه بحال الا بضرر بعد البناء ولا كذلك ههنا يمكنه التسليم بدون الضرر في الحال
فافترقا **قوله** مثل كيله خرصا تمييز من مثل كيله اي مثل كيل التمر الذي على رؤس النخل من حيث الحزر
والظن لا من حيث الكيل الحقيقي او الوزن الحقيقي العرية في اللغة العطية وذكر في شرح الطحاوي
العرية في اللغة اسم للنخلة التي يعريها الرجل من جملة نخله اي يستثنيها ويفردها وقيل هي من قولهم
اعرية النخلة اي اطعمته ثمرتها يعروها اوسع يعرو بما متى شاء اي يأتيها فيأكل رطبها فعلية بمعنى مفعولة
قوله وتاويله ان يبيع المعرى له الى آخره قلت هذا التاويل يرده حديث زيد بن ثابت
وهو سمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب
يأتي ولا نقد بايديهم يتبايعون به رطبا يأكلون مع الناس وعندهم فضول قوتهم من التمر
فرخص لهم ان يتبايعوا العرايا بخرصها من التمر وكذا يرده الحديث ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله عليه السلام رخص
في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة اوسق ولو كان تاويله ما ذكر لم يكن للتخصيص بما دون خمسة
اوسق وجه وايضا استثنى العرية من المزابنة في الاحاديث الصحيحة وانه يدل على انها نوع من
المزابنة وكذا لفظ رخص يدل عليه نعم لقائل ان يقول ان الحاجة المذكورة للمحتاجين الذين لا نقد لهم بيع
لجواز شراء الرطب المجذوذ بالتمر كيلا بكيل وانه جائز عند ابي حنيفة رحمه الله والحاجة متى ارتفعت بما يحل
شرعا لم يصح القول فدفع ملك الحاجة بالرخصة شرعا وشبهة الربا حرام حتى لو باع صبرة بصبرة لا يعرف
مقدارهما او مقدار احدهما لا يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الربو والريبة وهي شبهة الربو ولا شك ان
في شراء الرطب على الشجر بتمر مجذوذ شبهة الربوا فكان حراما ومثله انما يرخص عند الضرورة
والضرورة التي ذكرت من احتياج الفقراء الذين لا نقد بايديهم ولهم فضل قوت من التمر يرتفع
بجواز شراء الرطب المجذوذ بالتمر المجذوذ فلا يحتاج لدفعها الى ان يرخص بما فيه شبهة الربوا
ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها قال الامام التمرتاشي ولم يذكر ان الاجارة وقعت فاسدة ام
باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها وانه يشكل بما مر
انه اذا اشترى الثمار على النخل مطلقا وتركها على النخل الى وقت الادراك طاب الفضل لان
الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض
الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة واستاجر الارض الى ان يدرك
وتركه حيث لا يطيب للجهالة فاوقعت ههنا بهذا اللفظ فقد حكم ببطلان استيجار النخل ليبقى عليه الثمار
الى ان يدرك وعلله بعدم التعارف للحاجة ولا شك ان اجارة الكلاء ايضا ليست بمتعارفة ولا حاجة
اليها لانها توجد مباحا ولا حاجة الى استيجارها فيجب ان يكون اجارتها ايضا باطلة فاسدة كما ذكره التمرتاشي

قوله والانتفاع بما يحرم منه لا بعينه مشكل فان بيع سباع الطيور التي يصاد بها كالبازي والشاهين جائز مع انها لا ينتفع بعينها بل بصيده والنحل ليست بادنى من الطيور الصيد وكذا جاز بيع الكلب لانه ينتفع به حراسة واصطيادا فلا يخفى ان الانتفاع به اصطيادا اكثر من الانتفاع بالنحل في استخراج العسل منه ثم ينتفع بعين الكلب في الحراسة لانها مقام بذاته ولكن الفهد والاسد لا ينتفع به قوله لانه وقع باطلا لانعدام المحل كبيع الطير في الهواء ويشكل الفرق بين عود الآبق بعد البيع وقلع الجذع في السقف حيث ينقلب بيع الجذع صحيحا بعد ما وقع فاسدا ولا ينقلب بيع الآبق صحيحا بعد عوده الى الاباق مع ان المانع قد زال في كل منهما الا ان يحمل هذا الجواب رواية في بيع الجذع والله اعلم قوله ولنا انه جزء الادمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون فلا يجوز بيعه تكريما والنهي مغافرة مع قوله فلا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له فقد جعل عدم جواز البيع استهانة وفيه اشعار بان في جواز بيعه تكريمه وقد جعل ولا جواز البيع دليل تكريم النجس الذي هو جزء الادمي وانه يشعر بان في جواز بيعه استهانة به وانه تنافر ظاهر وحله ان البيع تكريم من وجه استهانة من وجه فلا يجوز بيع ما هو مكرم من كل وجه كالادمي مع جميع اجزائه ولا بيع ما هو مهان من كل وجه كما حققناه من قبل لان اطلاق الانتفاع به دليل على طهارته مشكل اذ السرقين مطلق الانتفاع به حيث يجوز ان يلقى في الاراضي لكثرة الريع وقد جعل وجوده الا ان يقال جواز الانتفاع انما يكون دليل الطهارة اذا كان مع ابقاء عينه كشعر الخنزير حيث ينتفع به مع بقاء عينه اما السرقين فينتفع به باستهلاكه والاقران بالنجاسة للاستهلاك جائز فلا يكون ذلك دليل الطهارة قوله فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا ولو من وجه والبيع اهانة بالبيع كما عرف قوله قرون الشافي الصحاح القرن الخصلة من الشعر والذوائب جمع ذوائب وكان الاصل ذائب لان الالف الذي في ذوابة كالالف الذي في رسالة فحقها ان تبدل منها همزة في الجمع ولكنهم استثقلوا ان يقع الف الجمع بين الهمزتين فابدلوا من الاولى واوا كذا في الصحاح قوله لانه غير منتفع به اي غير جائز الانتفاع والا فعدم كونه منتفعا به في الحال لا ينافي جواز البيع على كيفية الانتفاع في المآل كالجحش والثمر الذي لم يبد صلاحها على ما مر من انه جائز الانتفاع في المآل والاباب مما ينتفع به في المآل في الكرابة او يقال انه وان كان ينتفع به لكن بعد عقر وصف الذي هو عين ويعتبر الذات وتوهم مثل هذا الانتفاع او يكفي لجواز البيع قوله حتى يباع عظمه وينتفع به اي بعظمه او بذاته وفي الزخيرة ان بيع الفيل جائز لانه ينتفع به حقيقة وشرعا كسائر الحيوانات قوله لانه حظ من الماء والماء عين ينتفع به فكان مالا فان قلت انه وان كان عين مال لكنه ليس بمملوك قبل الاحراز بالاواني او كما شرط المالية لجواز البيع شرط الملك ايضا حتى لا يجوز بيع الطير في الهواء قبل الاخذ لعدم الملك على ما مر اجيب بالتزام انه مملوك حتى لا يجوز لغيره ان يسقي به ارضه بلا اذن صاحبه ولو استهلكه ضمن وانما لا يكون له بيع الشرب عن الشفعة جاز فيه المالك

فجعل كالمشترك في حق الشفعة للضرورة فيبقى فيما وراءه على الملك الخاص لا يقال انه ليس بمحرز فكيف يكون مملوكا لان حفر النهر واعداده لاستكمال المال احرازا لكن لم يعتبر بهذا الاحراز في حق الشفعة لشدة حاجة الناس الى الشرب وسقي الدواب قوله ان حق المرور معلوم فان قلت نعم هو معلوم ولكنه ليس بمال اذ المال لا يكون الا عينا اجيب بانه وان لم يكن عينا فهو متعلق بمحل هو عين مال اذ المال لا يكون الا عينا كما لم يشكل بحق الشفعة فانه وان كان متعلقا بعين باقية وهو الارض ولكنه لم يعتبر مالا حتى لا يجوز بيعه ولا الصلح عليه بمال وجوابه ما سيأتيك في الفصل من قوله وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك بهذا الفصل فاما حق المرور فحق متعلق بالارض فجاز ان يلحق به قوله والفرق يبتنى على الاصل الذي ذكرناه في كتاب النكاح لمحمد رحمه الله اي ذلك الاصل هو متفق عليه في حكمه لكن ذكرنا الاصل المتفق عليه في وجه قول محمد رحمه الله في مسئلة ما اذا تزوجها على دن من الخل فاذا هو خمر فلا تفاوتهم على ذلك الاصل لم يقع الاختلاف بينهما اي في باع جارية فاذا هو غلام كذا في النهاية وذكر الشارح في كتاب النكاح ما يدل على ان هذا الاصل ليس بمتفق عليه حيث قال ثم الاصل عند ابي حنيفة هو ان المعتبر هو الاشارة عند ابي حنيفة رحمه الله في الفصول كلها حتى اذا لم يكن للمشار اليه مال لا كان لها مهر المثل وعند محمد رحمه الله في الجنس الواحد يعتبر الاشارة وفي الجنسين يعتبر التسمية وعند ابي يوسف يعتبر التسمية في الفصول كلها بهذا اللفظ ثم لو كان هذا الاصل متفقا عليه فوجد الاختلاف في مسئلة ما اذا تزوجها على هذا الخل فاذا هو خمر او على هذا العبد فاذا هو حر حيث يجب عند ابي حنيفة رحمه الله مهر المثل في الوجهين وعند ابي يوسف رحمه الله يجب مثل وزنها خلا في الوجه الاول والقيمة في الثاني ومحمد رحمه الله مع ابي يوسف في الاول ومع ابي حنيفة في الثاني انهم اختلفوا في ان الخل مع الخمر جنس ام جنسان فوقع عند ابي حنيفة رحمه الله جنس واحد فيتعلق العقد بالمشار اليه وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل ووقع عند ابي يوسف رحمه الله انهما جنسان فيتعلق العقد بالمسمى وقد عجز عن التسليم فيجب قيمته او مثله ووقع عند محمد رحمه الله ان الخل والخمر جنسان والعبد والحر جنس واحد فيتعلق العقد بالمسمى فيجب المثل وفي الحر بالمشار اليه فيجب مهر المثل قوله والعنوان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعوا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده فما كانت العبرة للتسمية في مختلفي الجنس لان التسمية ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات والتسمية لاعلام الماهية وانها ازالة عن اصل الذات فتعلق الحكم بالمسمى واما اذا كان المشار اليه من جنس المسمى كانت العبرة للاشارة لان ما سمى موجود في المشار اليه فصار حق التسمية مقتضيا بالمشار اليه فبقيت الاشارة لتمييز الذات فلذلك يتعلق الحكم بالمشار اليه كذا في الشرح وفيه بحث اما اولا فلمعارض ان يقول بل الاشارة ابلغ في التعريف لان المسمى قد يشاركه في التسمية غيره والمشار

لا شركة في الاشارة غيره وجوابه ان الاشارة ابلغ من هذا الوجه والتسمية ابلغ من الوجه الذي
ذكر فاعتبرنا التسمية اذا كان مقصودة بالذات ولم يكن المقصود بها المدح والذم والاشارة
اذا كان المقصود بالتسمية المدح او الذم على ما سنذكر عملا بالوجهين بالقدر الممكن واما ثانيا
فلان الموكل لو وزن الف درهم بين يدي الوكيل والوكيل ينظر اليها فقال اشتر لي بهذه المائة
الدينار جارية فاشترى الجارية بها او دينار كما سمى كان مشتريا لنفسه ولو اشترى بتلك
الدراهم جاز على الامر وتعلقت الوكالة بالمشار اليه دون المسمى مع ان انهما مختلفان
جنسا وكذا لو دفع اليه كيسا او امره ان يشتري له جارية بهذه الالف درهم التي في هذا
الكيس وهلك الكيس بما فيه في يد الوكيل وتصادقا ان الدراهم زيوف او رصاص
ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم وهما عالمان بما في الكيس وقت الدفع وكل واحد عالم
بعلم صاحبه ايضا يصير مشتريا لنفسه وتعلقت الوكالة بالمشار اليه مع ان المسمى من جنس
المشار اليه وكذا لو قال لغيره بعت منك هذه الجارية واشار الى عبد قائم بينهما فقال الآمر اشتريت
انه يجوز العقد نص عليه في الذخيرة فتعلق العقد بالمشار اليه مع ان العبد مع جنسان مختلفان
وكذا لو قال بعت منك هذا الفرس واشار الى الحمار الا ان يقال انما تعتبر التسمية مقصودة
بالذات احق بالاعتبار فيما ذكر من المسائل التسمية اما للمدح او الذم فتعتبر الاشارة غير ان
تعين التسمية للمدح او للذم في مسائل الوكيل انما يمكن اذا كان كل منهما عالما بالمشار اليه
ويعلم صاحبه به ايضا اما اذا كانا جاهلين او احدهما جاهلا والآخر عالما او كانا عالمين و
لكن لا يعلم كل بعلم صاحبه فلا يمكن تعينها للمدح او الذم فيعتبر المسمى دون المشار اليه
كما هو الاصل حتى لو قال اشتر لي جارية بما في هذا الكيس من الدراهم وهي الالف او اشتر بهذه
الالف التي في هذا الكيس جارية ودفع الكيس الى الوكيل وفيه الف دينار او الف فلس ثم
فاشترى جارية بالف درهم كما امر به فالشراء جائز على الآمر ان كانا جاهلين بحال المشار اليه
او كان احدهما جاهلا او كانا عالمين غير ان كل منهما لا يعلم بعلم صاحبه اما اذا كانا عالمين ويعلم
صاحبه به فاشترى فالمسمى كان للشراء للوكيل وتعلق الوكالة اليه لما ذكر ثم يشكل بما ذكر
كان في الكيس تسعمائة والمسئلة بحالها فان المسمى هنا من جنس المشار اليه مع انه يتعلق
الوكالة بالمسمى في الصور الثلثة الاول دون المشار اليه حتى لو اشترى جارية بالف كما سمى
كان للامر وجوابه ان القياس يقتضي لذلك غير انه يتعلق الوكالة بالمسمى دفعا للضرر عن الوكيل
لان الوكيل يشتري بالمسمى بناء على ظاهر الوكالة ولو تعلقت الوكالة بالمشار اليه بعد الشراء
على الوكيل فيجبر الثمن عليه من غير رضاه وفيه من الضرر ما لا يخفى فلهذه الضرورة تعلقت الحكم
بالمسمى في متحدي الجنس ومواضع الضرورة مستثناة عن القواعد فلا يكون من باب نقض
القاعدة ثم يشكل ايضا بان تسمية الغلام جارية يحتمل ان يكون للتحقير كانه ما يشير بها الى انه

وعلم

سمى

سمى بحيوان انه كما سمى العبد حمارا فيما اذا قال بعت منك هذا الحمار واشار الى العبد وجوابه
ان التحقير انما يتأتى اذا قال بعت هذا الانثى واشار الى الغلام اما اطلاق لفظ الجارية فلا ينبئ
بالتحقير على ما لا يخفى قوله ويبطل لانعدام اشارة الى ان هذا البيع باطل وبه قال البعض وقيل
فاسد وهو اختيار الكرخي لانه باع المسمى واشار اليه فصار كأنه باع شيئا على ان يسلم غيره
وذلك فاسد قوله الذكر والانثى من بني آدم جنسان اي نوعان داخلان تحت جنس هو
الانسان وذلك ان الجنس عند الفقهاء ما يكون افراده مختلف الاغراض والنوع ما يكون افراده
متفق الاغراض فهم يعتبرون الاختلاف والاتفاق في الغرض حتى سموا الانسان جنسا والرجل
نوعا كما نص عليه في البزدوي وفي اصطلاح اهل المنطق الاعتبار للاتفاق والاختلاف في الماهية
كما كان افراده متفق الماهية فهو نوع وما كان افراده مختلف الماهية فهو جنس فالحيوان عندهم جنس
والانسان نوع والرجل صنف قوله وهو المعتبر في هذا دون الاصل اي التفاوت في الغرض هو
المعتبر في هذا دون الاصل اي المعتبر في اختلاف النوع واتحاده دون التفاوت والاتحاد
في الماهية كما هو مصطلح المنطقيين قوله ولنا قول عائشة رضي الله تعالى عنها روي ان امرأة جاءت
الى عائشة رضي الله عنها ابتعت من زيد بن ارقم جارية الى العطاء وقبضها وبعتها منه قبل نقد الثمن
بستمائة فقالت عائشة الى آخره كذا في الحاشية وفي الشرح امرأة دخلت على عائشة فقالت بعت
من زيد بن ارقم جارية بثمانمائة الى العطاء ثم اشتريتها منه بستمائة قبل حلول الاجل فقالت عائشة
بئسما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان لم يتب فاتاها زيد متعذرا فتلت قوله عز وجل فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف
وهذا دليل على ان فساد هذا العقد كان معروفا فيما بينهم وانما سمعت ذلك من رسول الله
صلى الله عليه وسلم لان اجزية الجرائم لا تعرف وقد جعلت جزاؤه على مباشرة هذا العقد بطلان
الحج والجهاد واعتذار زيد دليل على ذلك لان في المجتهد ان كان يخالف ان كان يخالف بعضهم
بعضا وما كان يعتذر كذا في الشرح وفيه بحث اما اولا فلان قولها ابطل حجه وجهاده
الى آخره محمول على تغليظ الجناية اذ السيئة لا تذهب بالحسنة فلا يدل على السماع كيف وقد
رويت انها اخبرت عما صنعت تلك المرأة فتلت آية الربوا وذا يدل على انها قالته بالرأي
واما ثانيا فلان شراء البائع من مشتريه قد جعل في الحكم كشراء عبد آخر الا يرى ان المولى اذا اذن
عبده في التجارة فركبته الديون فبيع ولم الثمن بديونهم ثم اشتراه المولى فانه لا يباع للدين
وعللوه بانه في منزلة شراء عبد آخر لان اختلاف سبب الملك كاختلاف العين وكذا اذا اذن
المولى عبده ثم باعه ولا دين عليه يبقى له ما يثبت بحكم الملك فينبغي ان يصح شراء ما باع لانه في الحكم
كشراء عبد آخر وانه جائز فكذا هذا الا يرى انه لو اشترى ذلك العبد من المشتري الثاني قبل
نقد الثمن بما باع جاز بهذا المعنى فان قلت انما يجوز لما فيه من شبهة الربوا قلنا لو لم يكن لتبدل الحكم

الملك و

تبدل العين لكان فيه شبهة الربوا ولكن لما ثبت ذلك نزلت الشبهة الى شبهة الشبهة
وهو غير معتبرة وجوابه سيأتيك ان شاء الله تعالى قوله بخلاف ما اذا باع بالعوض لان
الفضل انما يظهر عند المجانسة قلت ذكر في حيل الذخيرة اذا باع شيئا بالدراهم ثم اشتراه
بالدنانير قبل نقد الثمن او العكس وذلك اقل قيمة من الاول كان البيع فاسدا او على ما ذكر
هنا من ان افساد البيع باعتبار ظهور فضل خال عن العوض في احد الجانبين وانه لا يظهر ذلك
الا عند المجانسة وجب ان يصح الشراء الثاني في هذه المسئلة لان الفضل لا يظهر عند اختلاف
الثمنين درهما ودينارا حتى لا يجري ربوا الفضل بينهما واعتبر في حق الرأي جنس مختلفين
قوله ويبطل في الاخرى اي العبد فان قيل ينبغي ان ينعقد في التي اشتراها المشتري بخمسمائة
لو باعها واخرى معها من البايع بالف وخمسمائة لان عند تقسيم الثمن يصيب كل واحد اكثر من
خمسمائة قلنا انما فسد لان جهات جواز العقد فيها ثلث لانا لو جعلنا بازائها ما باعها الفا جاز
ولو جعلنا الفا وحبة جاز ايضا ثم ثم واذا انعقد للجواز وليس البعض اولى امتنع الجواز كذا في الشرح
وفيه بحث اما اولا فلانه لما تعارضت جهات الجواز تعارضت جهات الفساد ايضا لانا لو جعلنا بمقابلة
المشتراة اربع مائة فسد ثم فلم ينبغي ان لا يحكم بالفساد ايضا للتعارض واما ثانيا فلانه لو باع درهمين
ودينارا بدرهم ودينار ان كان جاز البيع صرفا للجنس الى خلاف الجنس ليس بطريق متعين
لجوازه لانه امكن ان يقابل درهم من هذا الطرف بدرهم من ذلك الطرف ودرهم اخر من هذا
الطرف بدينار من ذلك الطرف فيكون الدرهم بمقابلة الدرهم والدرهم الاخر بمقابلة الدينار
والدينار بمقابلة دينار اخر فقد حمل على الجواز بتعدد جهته وجواب هاتين التسميتين سيأتيك
في الصرف ان شاء الله تعالى اولانه ضعيف لكونه مجتهدا فيه هذا يشكل بما اذا اسلم حنطة في شعير
وزيت وبين حصة كل واحد منهما ودفع رأس المال فان السلم في الزيت لا يجوز وان كان
الفساد في هذا العقد مجتهدا فيه فان اسلام الحنطة في الشعير جائز عند الشافعي رحمه الله كذا في الشرح
وفيه نظر لانه ان اراد باسلام الحنطة في الشعير والزيت اسلامها فيهما موجلا لم يصح قوله فان اسلام
الحنطة في الشعير جائز عند الشافعي رحمه الله لانه لا يجوز بيع الطعام بالطعام نسيئة لانه يشترط التقابض
في بيع الطعام وان اراد اسلامها فيهما كان العقد فاسدا عندنا حالا في الشعير والزيت جميعا
باعتبار الحلول لا بطريق سراية الفساد وكان جائزا عنده فيهما جميعا فلم يكن نظير ما نحن فيه فلم
يصح النقض به وفي الكافي في باب السلم ولو اسلم كر بر في كر شعير وكذا منا من الزيت بطل في
حق الشعير عندهم لان الكل يجمعها وبطل في حصة الزيت عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله ايضا
لجهالة قدر رأس مال الزيت من البر اذ معرفة قدر رأس المال شرط عنده واذا قوبل بشيئين
مختلفين كان الانقسام بطريق القيمة وذا يعرف بالحزر والظن فكان مجهولا حتى لو بين حصة
كل منهما وهو الموافق لما ذكره في الكافي هنا ان فساد العقد في البعض اذا كان قويا مجمعا عليه

يرى

يسري الى الكل وفساد اسلام البر في الشعير مجمع عليه اما عندنا فلان اتحاد القدر يحرم
النساء واما عند الشافعي فلاشتراط التقابض عنده في بيع الطعام وان فات اذا كان احد
العوضين في الطعام والاخر موجلا كما هو طريق السلم ثم استصعب الشارح المنع بهذا التعليل
بما اذا اسلم قوهية في قوهية ومروية بطل السلم في الكل مع ان فساد العقد في الجنسية مجتهد فيه بالاكثر
فخالف للكتاب والسنة المشهورة والاجماع وقول الشافعي رحمه الله في جواز النسيئة خرق الاجماع
الصحابة فانهم اتفقوا على حرمة النساء كذلك قال الشارح في باب الربوا نقلا عن الايضاح فلا يصير
الحكم لمخالفته مجتهدا فيه فلا يتعدى الفساد الى الكل وبهذا ايضا يسقط ما قيل انه لو جمع بين الذبيحة
ومتروك التسمية عامدا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وكذا مخالف
للاجماع فان من كان قبله اجمعوا على الحرمة اذا ترك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف
والشارح رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد حتى لو قضى القاضي بجوازه لا ينفذ
قضاؤه لكونه مخالفا للاجماع قوله اولانه باعتبار شبهة الربوا وذلك لان الالف وان وجب
للبايع لكنها على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري عيبا فيرده فيسقط الثمن عن المشتري ويتبع
الا يقع الامن به فيصير البايع بالعقد الثاني مشتريا الفا بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة في الحقيقة
ملحقة في باب الربوا احتياطا ولان للتأكيد شبها بالايجاب كشهود الطلاق قبل الدخول
اذا رجعوا كذا في الشرح وفيه نظر لان هذا الوجه يقتضي ان لا يجوز شراء ما باع باقل مما باع بعد
نقد الثمن ايضا اذ الثمن بعد النقد ايضا على شرف السقوط برد المبيع الا ان يقع الامن عليه
وليس كذلك ولان الشارح صرح في التولية والمرابحة نقلا عن فوائد الامام حميد الدين
ان للتأكيد شبهة الايجاب في حق العباد لا في حق الشرع وسيجيء بيانه ان شاء
الله تعالى فالاولى ان يقال شبهة الربوا هنا من حيث انه يعود اليه كل رأس ماليته مع
زيادة ليس بها عوض وضمان ثم هنا بحث وذلك ان فساد شراء ما باع باقل مما باع
كالولد والوالد والزوجة والعبد والمكاتب لما ان الشبهة في حقهم نازلة والمعتبر هو الشبهة
دون المنازعة عنها ولا يجوز شراء البايع باقل مما باع لا يجوز شراء من لا تقبل شهادته له باقل
مما باع ايضا وانما قلنا ان الشبهة في حقهم نازلة لان الاصل في حرمة هذا البيع هو البايع والحرمة
في حق هؤلاء باعتبار اتصال منافع الاملاك فيما بينهم فمتى كان في حق البايع شبهة
الربوا كان في حقهم شبهة الشبهة من حيث ان ملك الوارث متحد من وجه على ما عرف
فعلم ان حرمة هذا الشراء مضافة الى اثر عائشة رضي الله تعالى عنها لا الى ما فيه من شبهة
الربوا وان كانت معلولة بها اذ الحكم الثابت في حكم الاصل مضاف الى النص لا الى العلة
وما حرم بالنص حرم بالشبهة ايضا احتياطا الا ان يقال اثر عائشة رضي الله تعالى عنها لكونه
من الاحاد يحتمل عدم الثبوت فان كان ثابتا فوجه الضعف كونه مجتهدا فيه او كونه طارئا وان لم

ثابتا فوجه كونه باعتبار شبهة الربوا اذ لا وجه للحرمة حينئذ الا ذلك فالمطلوب
اثبات الضعف على تقدير عدم ثبوت الاثر وكون الحرمة بالشبهة بل فيه اثبات
الضعف وجه وابلغ طريق نعم يشكل بان الوكيل بالشرى اذا اشترى لموكله باقل
مما باع موكله جاز مع ان شبهة شرا ما باع باقل مما باع فيه اظهر منه فيما اذا اشترى
من لا تقبل شهادته للبائع اذ الملك بشراء الوكيل يثبت للموكل ابتداء وشرا
من لا تقبل شهادته له لنفسه لا يثبت للبائع الا شبهة الملك بالاعتبار اتصال
الاملاك والمنافع وغاية ما يمكن ان يقال انه منعقد بين الوكيل بالشراء وموكله مبادلة
حكمية حتى يرد الموكل عليه بالعيب ويتحالفان لو اختلفا في الثمن كالمتبايعين فصار كتخلل
الثالث ولو لم ينعقد بينهما حكمية او صار كتخلل الثالث كانه باع موكله ثم اشترى الوكيل
ثم باع من الموكل نزلت تلك الشبهة الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة بخلاف شرا من
لا تقبل شهادته للبائع حيث لم يوجد فيه ما يوجب تنزل تلك الشبهة فبقيت
معتبرة وهذا هو الفرق بين الوكيل بالشراء وبين الوكيل بالبيع فانه اذا باع
ما اشتراه موكله باقل مما اشتراه قبل نقد الثمن لا يجوز لان بيع الوكيل كبيع الموكل
وليس فيه ما يوجب تنزل تلك الشبهة فبقيت معتبرة والله اعلم قوله اولانه طار
لانه ما شرط في العقد ان يكون بازاء ما باعه اقل من الثمن الاول بل قابل الثمن بالجاريتين
وهذه المقابلة صحيحة لكن بعد ذلك ينقسم على قيمتهما بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم
يبع فحصل الفساد فيما باع وهذا فساد طار ثم ههنا اشار الى ان الفساد لو
كان مقارنا يسري الى الكل وانه يشكل بما اذا اشترى عبدا بصفقة واحدة نصفه
بمائة دينار حالة ونصفه بمائة الى العطاء فانه يفسد في البعض ولا يسري الفساد الى الكل مع انه مقارن
وجوابه ان المفسد المقارن ههنا غير متقرر حتى لو اسقط الاجل بقي العقد صحيحا وانما يتقرر عند
حلول الاجل فكان المفسد طاريا معنى وان كان مقارنا صورة او نقول البيع الى العطاء
مجتهد فيه فلا يسري الى الكل لمكان الاجتهاد قوله كما ان للوكيل لا يملكه فغيره لا يولية
فان قلت هذا منقوض بما اذا توكل من غيره بشراء عبد بعينه ثم وكل غيره
بشرائه جاز ويثبت الملك للوكيل الاول وان كان هو لا يملك الشراء له بنفسه
ولان القاضي اذا امر ذميا ببيع خمر او خنزير فان الوصي يوكل ذميا ببيعه وان كان
هو لا يملك بيعه بنفسه اجيب عن الاول بان الوكيل بشراء عبد بعينه يملك شراءه لنفسه
لانه اهل لشرائه والعبد محل للشراء بالنسبة اليه حتى لو اشتراه بالزيادة على ما
توكل به او بغير جنسه وقع الشراء له وملك التصرف انما ينعدم بانعدام الاهلية او المحلية
وكلاهما موجودان ههنا فيكون مالكا غير انه لا يعتبر ذلك التصرف لاجله دفعا للضرر عن الموكل لانه

لا يملك هذا التصرف الا ان دفع التزوير انما يمكن اذا اشترى لنفسه اما اذا اشترى
وكيله فلا لان الموكل رضي بشرائه لا بشراء غيره فلا يمكن دفع يجعل هذا التصرف له فيكون
فيكون للوكيل الاول ضرورة ومتى كان مالكا يملك التوكيل به ايضا وليس من ضرورة
كونه مالكا للتصرف وقوع التصرف لاجله نظرا ان لا نفع له لمانع كالحاجة والضرر بالموكل
ههنا وعن الثاني بان الذمي لا يصير نائبا عن القاضي بل عن الذمي الا ان القاضي يجعله
نائبا عنه عند عجزه عن الانابة فهو في الحقيقة وكيل الذمي الميت دون القاضي
فلو سلم فالقاضي انما يملك هذا التوكيل من حيث انه قائم مقام الميت ومن حيث
انه قائم مقامه يثبت له ولاية على هذا التصرف كما كان ذلك للميت وهذا يخرج
الجواب عن الثالث هذا ولكن لقائل ان يقول على النكتة الثانية انه لو اعتبر القاضي
مالكا لهذا التصرف كما كان من حيث انه قائم مقام الذي يصح مباشرة هذا التصرف
من القاضي بنفسه ايضا اللهم الا ان يلتزم الصحة فربما لا يصح الشيء بجهة الاصالة ويثبت
بجهة النيابة كما ذكرنا في باب الكتب في مسئلة الاباق فعليك به قوله وانتقال الملك
الى الامر حكمي فان قلت قد وقع التصريح في غير موضع بانعقاد المبادلة بين الوكيل
والموكل حتى تجري بينهما احكام المبادلة من التحالف عند التجاحد والرد بالعيب والحبس
بالثمن وكذا يعتبر سواء الوكيل كتخلل الثالث فيما اذا باع شيئا ووكل غيره بالشرى
له فاشترى لاجله باقل مما باع ثم باع مشتريه من وكيله ثم باع وكيله منه
ولو تخلل الثالث جاز الشراء باقل مما باع فكذا هذا فيكون ههنا كانه اشترى الذمي
الوكيل خمرا او خنزيرا ثم اشترى منه الموكل ولو كان الشراء من المسلم حقيقة من كل
وجه لم يصح فكذا اذا كان الشراء منه من وجه اذ الشبهة في باب الحرمات
كالحقيقة اجيب بان المبادلة ان كانت تنعقد بينهما لكنها حكمية يثبت في ضمن حكم
الشراء لا باختيار من الوكيل والموكل والممنوع هو التصرف الاختياري فان قلت
هذه المبادلة انما ينعقد بينهما باعتبار التوكيل السابق وكان اختيار التوكيل اختيار
لهذه المبادلة فيجب ان يمنع هذا التوكيل اجيب بان المبادلة لا تتحقق الا بشراء الوكيل
لا بالتوكيل نفسه انما هو سبب محض للشراء واختيار السبب المحض ليس باختيار للحكم
لثبوته بدون الشرط فان قلت جاز ان يثبت الشيء بلا شرط ويكون اشتراطه مفسدا
لما اشار اليه المصنف رحمه الله في كتاب المزارعة حيث قال ولو اشترطا الحب نصفين
ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب
البذر لانه نماء ملكه وحقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا مسكوت عنه
هذا اللفظ ففيه اشارة الى ان التبن يكون لصاحب البذر بلا شرط ومع ذلك

لو شرط له يكون مفسدا وجوابه سيأتيك ان شاء الله تعالى **قوله** وكل شرط لا يقتضيه
العقد الى آخره قلت هنا شروط اهملها المصنف رحمه الله فلا بد من ذكرها بان يقال كل شرط
لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد الشرع بجوازه ولم يكن متعاملا حتى لو كان ملائما كشرط
ان يعطي المشتري بالثمن رهنا او كفيلا معلوما لا يفسد العقد وكذا ورد الشرع بجوازه كشرط
الخيار والاجل وكان متعاملا كما اذا اشترى نعلا على ان يحذوه او يشركه لا يفسد ايضا فكانه
او يشركه لا يفسد ايضا فكانه اهملها اكتفاء بما ذكر في مظانها متفرقة ويقيد عدم التعامل
حيث ما قد قيل انه لو باع سفلا على ان يكون له قرار علوه عليه او باع طريقا على ان يكون له
حق المرور جاز مع انه شرط لا يقتضيه لانه متعامل والله اعلم **قوله** لان فيه زيادة عارية
عن العوض فيؤدي الى الربوا لانها لما قصد المقابلة بين المبيع والثمن خال الشرط عن العوض
وما شرط فيه من المنفعة لاحدهما مال حتى جاز احد العوضين عليه لان ذلك مثل
ان يقول بعت منك بشرط ان تقرضني عشرة دراهم في وقت كذا وبعت هذا الدار بشرط
ان اسكن فيها بشهر والربوا مال يملك بالبيع بلا عوض **قوله** اولانه يقع بسببه
المنازعة قلت التردد بين التعليلين بناء على ان الشرط الذي لا يقتضيه العقد وفيه
منفعة لاحد المتعاقدين قد تكون في حكم المال فاشتراطه ربا لانه اشتراط مال لا يقابله
عوض والا كان الف ولاجل افضائه الى المنازعة اذ المشروط له يطالبه بحكم الشرط
والمشروط عليه يتابى لف والاشتراط وبهذا يسقط ما يقال كيف يكون الشرط
الفاسد ربا والربا هو فضل لا يقابله عوض والشرط ليس بمال **قوله** ولنفيه
على بيع العبد نسمة اي يلحق الشافعي رحمه الله جزئيات البيع بشرط العتق الكلي المتفق على
جوازه وهو البيع نسمة فانه نفس بيع النسمة بالبيع بشرط العتق وهذا هو معنى
وهذا هو معنى القياس ههنا فلا يرد ما ذكره الشارح بقوله وهذا غير مستقيم فيما ذكر في
ما ذكره في المبسوط من تفسير الشافعي مع العبد نسمة حيث قال من جانب الشافعي رحمه الله
ولكن الشراء من بشرط العتق متعارف بين الناس لان بيع العبد نسمة متعارف
في الوصايا وغيرها ثم قال وتفسيره البيع بشرط العتق فلا يصح قوله ويفسد الى آخره لان
قياس الشافعي كما يفيد قوله وتفسيره نسمة الى آخره جواب الشارح عن جواب الشافعي بطريق
المنع اي لا نسلم ان البيع نسمة هو البيع بشرط العتق في تفسيره ثم تسليم ان يعتق فلا يصح
التمسك بهذا الكلي وهو جواز البيع نسمة **قوله** لان البيع وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وهذا
مذهب زفر رحمه الله اما ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فكثيرا ما يقولان بانقلاب الفاسد صحيحا
كالبيع بالرقم والبيع الى الآجال المجهولة فانه ينقلب جائزا باعلام الرقم في المجلس وباسقاط
الاجل قبل حلوله فلا اثر لوقوعه فاسدا في عدم الانقلاب الى الصحيح عندهما وعن هذا عدل

صاحب الكافي

صاحب الكافي في تعليل آخر فقال ولهما ان شرط الاعتاق متى كان مفسدا كان تحقيقه تقريرا
للفساد ولا ارتفاعا كسائر الشروط فكانه اراد لا ينقلب جائزا الا باسقاط المفسد والاعتاق
والاعتاق ليس باسقاط لشرط الاعتاق بل تقرير له والفاسد بشرط لا ينقلب الى الجواز
الا باسقاط فاستحال ان يعود اليه بتقرره او اراد لا ينقلب جائزا عند تقرر المفسد بل بتقرر
الفساد اذ الفاسد بشرط لا ينقلب صحيحا الا باسقاط المفسد والله اعلم **قوله** والكتابة
والاجارة والرهن بمنزلة البيع جعل الرهن ههنا كالبيع في انه يبطل بالشرط الفاسد وقد ذكر
في الفصول الاسروشني الرهن مما لا يبطل بالشروط الفاسدة وهذا ذكر في الكافي في باب
الرهن يوضع في باب العدل وعلل بانه تبرع كالهبة والله اعلم **قوله** غير ان المفسد في الكتابة
ما يتمكن في صلب العقد منهما من اي ما يقوم به العقد كما لو كانت على قيمة مجهولة او كانت
على خمر او خنزير فان قلت هذا الفساد لاجل جهالة البدل او كونه غير متقوم لا لكونه شرطا
فاسدا كيف والشروط الفاسدة انما تبطل العقد باعتبار افضائه الى الربوا كما ذكره في
الكافي ولا يخفى ان جعل الخمر او القيمة المجهولة بدلا في البيع او الكتابة ليس باعتبار انه يفضي الى
اشتراط فضل مال لا يقابله عوض حتى يكون من قبيل الشرط الفاسد على انه فسر الشرط الفاسد
بكل شرط لا يقتضيه العقد الخ وهذا انما يتاتى فيما اذا كان الشرط زائدا على العقد اجيب بان
بان المال في الكتابة والثمن في البيع تابع والاصل هو العبد او المبيع فكان العقد ينعقد بالمعقود
عليه والمعقود به كالخارج عن العقد كالشرط وكان شرطا تسمحا لا حقيقة والله اعلم
قوله غير ان المفسد الى آخره وذلك ان الكتابة تشبه المبيع من حيث ان العبد مال في حق المولى
وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين في الحالين كذا في
الكافي قلت الرهن يشبه الهبة من حيث انه شرع لملك الحبس من غير عوض يقابله استيفاء
والاستيفاء مبادلة من وجه فان لم يكن تبرعا من كل وجه كما ذهب اليه البعض فلا اقل من
ان يعتبر تبرعا من وجه فيفسد ببعض الشروط دون البعض كالكتابة **قوله** بخلاف ما اذا استثنى
خدمتها حيث لا يصح بل يبطل ويصح الوصية ويستحق الموصى له الجارية مع الخدمة فان قيل يلزم من هذا
الاصل وهو ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه قلنا يمتنع لزوم العكس اولا ولو سلم
فلانا ان الاستثناء يتصرف في اللفظ فيصح استثناء ما دخل في المستثنى منه ولفظ
الجارية لا يتناول الخدمة فلا يصح استثناؤها ولان الوصية ليس بعقد الا يرى انه يصح قبول الموصى
بعد موت الموصي فلا يبتنى على لفظ العقد مطلقا وكذا يدخل الموصى له به في ملك ورثة الموصى له
بدون القبول بان مات الموصى له قبل القبول ولانا لو قلنا بصحة استثناء الخدمة لزم ان
يرد الخدمة الى ورثة الموصي والارث لا يجري في المنافع كذا في الشرح قلت اما منع الانعكاس
فلا يجري لان المصنف قد صرح بانعكاس هذا الاصل في اول البيوع حيث قال انما يجوز ايراد

العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه واما الجواب الاول فينتقض بجهة استثناء الحمل
فان لفظ الجارية كما لا يتناول الخدمة لا يتناول الحمل ايضا صرح به المص في الوصايا بقوله
ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا
ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها بهذا اللفظ واما الجواب الثاني
فهو يخالف ما ذكر المصنف رحمه الله فيما ذكرنا من مسئلة الوصية بالجارية الا حملها حيث علل
هناك من قوله ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فيجوز استثناؤه وهذا هو الاصل ان
ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه فقد بنى صحة استثناء الحمل على هذا الاصل فلو لم يكن
الوصية داخلة في مطلق لفظ العقد لما صح استثناء الحمل في الوصية عليه **قوله** لان
الميراث لا يجري فيه قلت هذا انما يستقيم على مذهب محمد رحمه الله واما على قول ابي يوسف
رحمه الله فقد يجري الارث في الخدمة حتى لو ادعى دارا ثم صالح عنها على سكنى دار او خدمة
عبد سنة او ركوب هذه الدابة الى بغداد او لبس هذا الثوب شهرا ثم هلك المدعي او
المدعى عليه او محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح قياسا وهو قول محمد رحمه الله فيعود الى راس
الدعوى وقال ابو يوسف رحمه الله ان مات المدعى عليه لا يبطل الصلح والمدعي يستوفيه وان
مات المدعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل في ركوب
الدابة ولبس الثوب لان الصلح يقع المنازعة وفي ابطال الصلح بموت احدهما والناس
متفاوتون في الركوب واللبس فلا يقوم الوارث فيه مقام المورث للضرر الذي يلحق المالك
فيفوت المعقود عليه فيبطل جزؤه كذا في الكافي في كتاب الصلح وانه اي يجريان
الارث في الخدمة والسكنى عند ابي يوسف رحمه الله فيجب ان يصح استثناء الخدمة والمسئلة مذكورة
من غير خلاف **قوله** ولم يجز البيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يدر
العاقدان ذلك اشارة الى الكل من النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود كذا في
الحاشية المعينة للكنز لان الاجل مجهول وجهالته تؤدي الى النزاع وذلك ان اليهود يصومون
شهر رمضان كله ولا يفطرون يوم الفطر ويتبعونه بصيام من شوال الى خمسين يوم ثم يعيدون
فبعد دخول صومهم لا نعلم يوم فطرهم لانه يختلف باختلاف عدة رمضان فيحتمل ان
يكون الحادي والعشرين او الثاني والعشرين كذا في الحاشية المعينة للكنز وانه مشكل
اما اولا فلان فطر اليهود على هذا مما لا يمكن ان يحيط به علم العاقدين فطرا لانهما لا يعلمان عدة
رمضان انها كم تكون حتى يعلما يوم فطرهم انه الحادي والعشرون من شوال
او الثاني والعشرون منه وقد قال في الكتاب ان لم يدر العاقدان ذلك مشيرا به الى جميع ما ذكر من صوم النصارى
وفطر اليهود وانه اشارة الى ان العاقدين ربما يعلمان بذلك وربما لا يعلمان فان علما صح البيع والا لا يصح لانهما ربما
يختلفان في تعيينه فيفضي الى النزاع وجوابه سيأتيك واما ثانيا فلان جهلهما بالخمسين يوما من غرة رمضان ثم الحادي والعشرين

او بالثاني

او بالثاني والعشرين من جهلهما بعدة الشهر انها كم تكون ثلاثون يوما او تسعة وعشرون يوما وانه
لا يفضي الى المنازعة ولهذا صح البيع الى رأس الشهر فكذا هنا وجب ان يصح البيع الى فطرهم
لدخول وقت فطرهم بعد تمام خمسين من غرة رمضان بلا تردد فلا يتمكن البائع من المطالبة الا بعد تمام
خمسين وليس في ذلك مجال نزاع وهو ظاهر واما ثالثا فلانه لو باع الى خمسين يوما او مائة
يوم جاز مع انه لا يدري ان اليوم الذي يحل به الدين هو اليوم العاشر من الشهر او
الحادي عشر منه فعلم جرا فعلم ان مثل هذه الجهالة لا تضر ولا تؤدي الى المنازعة
واما رابعا فلان جهالة الفطر لو كانت مبنية على جهالة عدة رمضان لزم ان يصح البيع
الى فطر اليهود بعد ما علم بعدة رمضان بان باع الى فطرهم بعد رؤية هلال شوال و
المنع مطلق الكلام الا ان يلتزم الصحة ويجعل هذه فائدة قوله ان لم يدر العاقدان
ذلك يعني وان علما بان باعا بعد رؤية شوال الى فطر اليهود جاز البيع ثم فسر في الحاشية
المعينة جهالة صوم النصارى بانهم يبتدئون الصوم من نيروز ويصومون خمسين يوما
ثم يعيدون وبروج غير معلوم بعض الا المنجم والمهارة بعلم النجوم فربما يخطئ ويصيب
اذا دخل صومهم فيوم فطرهم معلوم بهذا اللفظ وانه ايضا مشكل اما اولا فلان علم
بالنيروز يقينا ليس بمتصور فلو كانت الجهالة باعتبار انه لا يوقف على النيروز به يقينا
لضاع قوله ان لم يدر العاقدان ذلك لان ارتفاع الجهالة حينئذ انما تكون اذا علما به
يقينا وانه لا يسامح على الامارات الظنية ليس بمتصور واما ثانيا فلان صوم يوم النصارى
لما كان هو النيروز لضاع التعرض له لانه قد ذكر النيروز اولا يؤول الى انه لا يجوز البيع الى النيروز
والمهرجان والنيروز ولا معنى له فالظاهر ان اول وقت شروع النصارى في صومهم
مختلف ربما يتفقون على الشروع في يوم وربما يتفقون على الشروع في يوم اخر
فما لم يدر العاقدان باتفاقهم على اي يوم يشرعون فيه القوم لا يصح الاجل اليه وكذا
وقت فطر اليهود ايضا غير متعين او نقول فلان فطر النصارى لما كان معلوما باعتبار انهم
يصومون خمسين يوما لزم ان يكون فطر اليهود ايضا معلوما لانهم ايضا يصومون خمسين يوما
الا ان النصارى يبدؤون بالصوم في النيروز واليهود يبدؤونه في اول يوم من رمضان فينبغي ان يصح
البيع الى فطر اليهود كما جاز الى فطر النصارى كما اشار اليه بتخصيص صوم النصارى بالذكر
قوله مستدركة اي يمكنه دركها بازائها ورفعها باعتبار افضائها **قوله**
لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم فيها اي في علمها في البيوع ولو كانت متفاحشة لم تكن
متحملة في البيوع عند احد منهم لاجماعهم على ان الجهالة المتفاحشة ليست بمتحملة فيما كان البيع
الى هبوب الريح فانه فاسد اجماعا **قوله** ولانه معلوم الاصل عطف على قوله لاختلاف
الصحابة فيكون دليلا اخر على كون الجهالة يسيرة اي ولان هذا الاجل معلوم الاصل لعدم التردد

في وجوده بل في التقدم والتاخر او على قوله لان الجهالة لا يكون دليلا على جواز الكفالة الى هذه الاوقات
اي ولان في هذه الكفالة معلوم الاصل اي الدين لان بناء الكفالة على الدين فكان اصل
الكفالة هو الدين ولا جهالة فيه انما الجهالة في الاجل الذي هو تابع ولا يعتبر في الكفالة التي
مبناها على المساهلة **قوله** الا يرى دليل اخر على الجواز اي الكفالة مع جهالة الدين الذي
هو اصله جائزة فمع جهالة الاجل الذي هو كالوصف له اولى ان يجوز **قوله** فكذا في وصفه
وهو الاجل فان قلت قد صرح المصنف رحمة الله عليه رحمة واسعة في غير موضع بان الاجل ليس بوصف
للثمن لان الاجل حق المشتري والثمن حق البائع ولان الثمن موجود بعد مضي الاجل وسماه
هنا وصف الثمن اجيب بان الاجل وصف اعتباري للثمن لا حقيقي وهذا هو وجه التوفيق فتامل
قوله واما العقد للمبارزة ويقال للمبارزة وكونه شرطا فاسدا في معنى الربوا لانه شرط
لا يقتضيه العقد وفيه منفعة مالية لاحدهما اذ الاجل في حكم المال حتى يبذل المال بمقابلته
ولم يرد الشرع بجوازه لانه ورد بجواز المعلوم وهذا مجهول وبعد اسقاط الاجل قبل حلوله
وان ارتفعت المبارزة فلا يرتفع معنى الربوا الذي حصل باعتبار كونه شرطا وجوابه ان معنى
الربوا غير معتبر في الاجل لوجوده في المعلوم مع انه ليس بمفسد اجماعا فلم يبق الا معنى المبارزة وقد ارتفعت
باسقاط الاجل فصار الاجل معلوما **قوله** وهذه الجهالة في شرط زايد وهو الاجل الى الحصاد
لا في صلب العقد اي في البيع او في الثمن فان قلت يشكل بما اذا باع الى هبوب الريح ثم اسقط
الاجل لا ينقلب جائزا قلت الجهالة فيه قوية لانه ليس زمان معين لهبوب الريح فيه فكانت متفاحشة فصارت كانها
دخلت في صلب العقد كذا في النهاية وفيه نظر لان الجهالة المتمكنة في صلب العقد لا يمنع انقلاب
العقد جائزا اذا ارتفعت قبل تقرره كما باع بالرقم واعلمه في المجلس فانه ينقلب جائزا مع ان
الجهالة في صلب العقد وجوابه ان هذا مبني على ما قال شمس الائمة الحلواني رحمة الله عليه
رحمة واسعة انه وان اعلم بالرقم في المجلس لا ينقلب ذلك العقد جائزا ولكن ان كان البائع
دائما على الرضى فرضي به المشتري ينعقد بينهما عقدا بتداء بالتراضي واما الجواب على تقدير التسليم
فما قال في المبسوط وهو بخلاف البيع الى هبوب الريح او امطار السماء لان ذلك ليس باجل
فالاجل ما يكون منتظرا لوجوده وهبوب الريح قد يتصل بكلامه فعرفنا انه ليس باجل بل شرط
فاسد ولذلك فسد العقد **قوله** بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم
الزايد لان الفساد في صلب العقد فان قلت اذا باع بالالف ورطل من خمر فان العقد ينقلب
صحيحا اذا اتفقا على اسقاط الخمر نص عليه في اخر الصرف مع ان الفساد فيما في صلب
العقد قلت ذكر في الفوايد الظهيرية ان العقد لا ينقلب جائزا في هذه المسئلة باسقاط
الخمر فلنا ان يمنع واما على رواية الصرف فالفرق بين اسقاط الدرهم واسقاط الخمر مشكل
وغاية ما يمكن في الفرق ان فساد العقد باعتبار الربوا فوق ما اذا الربوا حرام في الاديان كلها

اما بيع الخمر والبيع بالخمر فهو صحيح فيما بين الورثة فاظهرنا التفاوت بينهما في الانقلاب الى الصحة
عند اسقاط الخمر فيما اذا باع بالالف ورطل من خمر وعدمه عند اسقاط الدرهم الزايد فيما اذا باع درهما
بدرهمين **قوله** اما البيع الى هذا شرط فاسد واعترض بان الشرط الفاسد هو ما فيه
منفعة لاحد المتعاقدين او المعقود عليه ولا منفعة لهذا الشرط بالاجل واجيب عنه في الشرح بان
بان اشتراط قبول الخمر اشتراط القبول بدله وهو غير الربوا وفيه بحث للقطع بان بدل الخمر
انما يشترط على المشتري بمقابلة حلاوة الخمر فاذا لم يسلم له الخمر يسلم للبائع بدله على المشتري
والربوا انما يلزم على تقدير سلامة بدل الخمر للبائع وهو غير سالم له بهذا الشرط فلا يكون ربوا وقد
اجيب ايضا بان فيه منفعة للبائع باعتبار ترويج جيد الادون بالضم الى الخمر الحسن الا حور
وفيه ايضا نظر لظهور ان الترويج انما يكون باعتبار ان الخمر الا حور في الادون حتى يتخير
بزيادة في جانب الاجود ولا يحتاج في ضمه مع الخمر اذ هو لا يسلم للمشتري بل الجواب ان بيع الخمر
استهانة به واهانة الغير ربما يكون مقصودا فيما بين الناس لاغراض كثيرة فيصلح منفعة
للبائع **قوله** والبيع صفقة واحدة فان قلت قد تقرر انه اذا بين ثمن كل واحد يكون
الصفقة متفرقة اجيب اولا بان ذلك محمول على ما اذا كرر لفظ البيع وثانيا بان تفريق
الثمن انما يوجب تفريق الصفقة معنى لا صورة على ما يشعر به قوله في الكتاب اذا
اذا بين ثمن كل واحد فانه صفقات معنى والاتحاد صورة يكفي لكون القبول في الحر
شرطا للبيع في العقد وثالثا بان مراده انه اذا بين ثمن كل كانت صفقات معنى في حق
التفريق في القبول بان يقبل البيع في احدهما دون الاخر لا مطلقا وذلك لان التفريق فيه
انما يجوز دفعا للضرر عن البائع اذ العادة جارية بضم الردي الى الجيد ومتى فصل الثمن علم
انه رضي بقبول العقد في كل واحد منهما **قوله** اما البيع في هولاء موقوف ذكر ان
ان البيع في هولاء باطل والصحيح ما ذكره فان محمدا رحمة الله عليه ذكر في الحل مع اذا حلف
لا يشتري عبدا فاشترى عبدا مغصوبا من الغاصب يحنث لان الموقوف ينعقد سببا ولو اشترى
مدبرا او مكاتبا او ام ولد لا يحنث لان في المحل ما يمنع ثبوت الحكم وايضا لو اشترى عبدا او جارية
وباعه من اخر ثم فسخ فاقام البينة العبد انه كان عبد الفلان حرره او اقامت الجارية بينة
انها كانت لفلان استولدها او اقام رجل بينة على ذلك وكان تاريخ هذه الاسباب
قبل تاريخ البياعات كلها او لم يعرف التاريخ اصلا وقضى القاضي بذلك فهذا وما لو قامت
البينة على حرية الاصل او على العتق سواء يرجع كل واحد على بايعه قبل ان يرجع
اليه مشتريه فلو كان عقد البيع منعقدا في المدبر والمكاتب لكان اثبات التدبير والاستيلاد
كاثبات الملك المطلق من المستحق وفيه لا يرجع احد من المشترين على بايعه قبل ان يرجع
مشتريه عليه فكذا وجب ان يكون الجواب فيهما كذلك وليس كذلك فعلم ان بيعهما باطل كبيع الحر

فان قلت اذا كان بيع المدبر وام الولد باطلاً وجب ان لا ينفذ بالقضاء قلنا انه ان كان باطلاً فبطلانه موقوف
يحتمل ان ينعقد بالقضاء ولبطلان الوقف مع تذكر الغاية عند ابي حنيفة رحمه الله عليه ويكون القضاء فسخاً
بسبب قبل البيع فان قلت فيجب ان يبطل بيع القن مع المدبر كبيعه مع الحر اجيب بان بيعه ان كان
باطلاً في حق نفسه فهو منعقد في حق ما ضم اليه كما لو جمع بين عبده وعبد غيره وما ذكره من ان البيع
في هؤلاء موقوف يوافق ما ذكره شمس الائمة السرخسي حيث قال في مسألة بيع العبد والمدبر بصفقة
واحدة ان البيع في المدبر غير فاسد ولهذا لو اجازه القاضي جاز ولكنه غير نافذ لحق المدبر وذلك معاني كسبه
فلان البعض ولهذا لا يتعدى الى الاخر هكذا ذكره الشارح رح في مسألة شراء ما باعه باقل مما باع ع

قوله وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه فان قلت قد ذكر المصنف رحمه الله عليه
في ادب القاضي في المجتهدات نافذ والمجتهد فيه ان لا يخالف الكتاب او السنة المشهورة او الاجماع
فعلى هذا جواز ام الولد لا يكون مجتهداً فيه لكونه مخالفا للسنة المشهورة وهو قوله عليه السلام اعتقها
ولدها فينبغي ان لا ينفذ قضاء القاضي فيه لان من شرط نفاذه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا قلت
قوله عليه السلام اعتقها ولدها متروك الظاهر فلا يقدح مخالفته في كونه مجتهداً فيه

فصل

قوله بامر البائع او باذنه صريحاً او دلالة بان قبضه بحضرته ولم ينهه ولا يقال ولو اتلف
مال الغير او باعه بحضرته وهو لا ينهاه لا يكون اذناً بالاتلاف والبيع لانا نقول انما يكون هنا
اذناً بالقبض باعتبار ان البائع سلطه على القبض بالعقد فصار كالمرهون له بالقبض في المجلس
بحضرة الواهب وهو لا ينهاه حيث يكون اذناً بالقبض بحكم التسليط والتسليط فيما اذا
اتلف مال الغير او باعه بحضرته لم يوجد فافترقا قوله لاقتضائه المتصور فان حقيقة
البيع في الشرع هو مبادلة المال بالمال ولا يخفى ان نوع المبادلة تبقى مقدوراً
للمكلف بعد ورود النهي ايضا اجيب بان مالية العوضين انما شرط لتحقق مسمى البيع شرعاً
عليه والا فالبيع لغة عن نفس المبادلة حتى كانوا يبيعون المضامين والملاقيح ويسمونه
بيعا فلو كان النهي مقدما لمشروعية البيع لتوقف الشرع على الخلو عن المعنى الموجب
للنهي بالضرورة فيجب ان يوجد الخلو عنه في مسمى البيع الشرعي كما اخذت مالية العوضين فيه
اذ لا موجب لاحدهما سوى توقف مسمى الشرعي عليه ومتى كان الخلو عنه داخلا في مسمى البيع الشرعي
لم يبق المنهي عن المبادلة بيعاً شرعاً فلم يبق المكلف بعد النهي قادراً على ايجاد مسمى البيع
شرعا فيؤدي الى النهي عن البيع وهو غير قادر عليه قوله اما المحظور ما يجاوزه ان ما هو
غير داخل في ماهيته فيتناول الوصف ايضا والا فالمحظور كما يكون مجاوراً يكون وصفاً
ايضا والفرق بين الوصف والمجاور مذكور في كتب الاصول وهو ان المعنى الموجب للنهي
ان كان مما يتصور انفكاكه عن النهي فهو مجاور والا فهو وصف نظير الاول البيع وقت النداء
فانه حرام بمعنى ترك السعي وذلك مما ينفك عن البيع بالاشتغال بعمل اخر ونظير الثاني

عقد الربوا فانه حرام بمعنى الربوا وانه لا ينفك عن البيع لانه عبارة عن فضل خال عن العوض في عقد المعاوضة
وهذا الفضل لا يتصور في غير المعاوضة قوله ثم شرط ان يكون القبض باذنه وهو الظاهر لان
ملك البائع باق في العين ويده ثابتة عليه فلا يكون للمشتري ابطاله بغير امره قوله الا انه يكتفى
به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد فانه اذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان في حكم التسليط
السابق وذلك ان القبض في البيع الفاسد بمنزلة الملك والبيع عقد تمليك والتمليك يكون اذناً
بالتمليك الا ان هذا ثبت في ضمن الايجاب والايجاب يقتصر على المجلس فكذا الاذن الذي ثبت
في ضمنه بخلاف الاذن نصا فانه لا يتقيد بالمجلس قوله كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور وذلك
لانه لو ثبت الملك قبل القبض لكان المأمور البائع مأموراً بالتسليم وفيه تقرير الفساد لانه لا يتصور التسليم
في تقريره تقرير الفساد المجاور ونحن امرنا برفع هذا الفساد فاستحال ان يؤمر بتقريره والقائل
ان يمنع الملازمة بين ثبوت الملك قبل القبض وكونه مأموراً بالتسليم لجواز ان لا يكون مأموراً
بالتسليم لمكان الفساد ووجوب الفسخ الا يرى ان ثبوت الملك بعد القبض لا يمنع نقضه لمكان الفساد
فكذا ثبوته قبل القبض لا يوجب التسليم فالاولى ان يقال في تقديم ما في الكتاب انا امرنا بالامتناع
عن العقد الفاسد ما امكن وقد امكن الامتناع بعد الايجاب والقبول حكماً بتأخير الملك الى
القبض لان الملك اذا لم يثبت قبل القبض اخذ القبض حكم القبول فيكون الامتناع منه امتناعا
عن العقد الفاسد حكماً وحكم العقد يحتمل التأخير والقبض مما يتوقف عليه الملك في الجملة موجب
القبول بتأخيره الى القبض لئلا يؤدي ثبوت الملك قبله الى ثبوت الفساد والتجاوز من كل وجه مع
امكان الامتناع عنه من وجه بجعل القبض كالقبول في توقف الملك عليه قوله اذ هو اي العقد
الفاسد واجب الدفع بالاسترداد فلان يجب رفعه بالامتناع عن المطالبة اي تسليم المبيع او
القبض اولى والدفع بالامتناع عنه انما يكون اذا كان القبض في القبول وان يكون
كذلك الا اذا توقف الملك عليه توقفه على القبول وتقديره اخر انه لما وجب الامتناع عن التسليم
بالطريق الاولى فلا يثبت الملك قبل القبض اذ لو ثبت الملك قبل القبض لم يكن مجرد الامتناع
عن القبض فسخا بل يحتاج الى شيء اخر حتى يرتفع الملك فقوله اذ هو دليل اخر من الاول
او معطوف عليه بحذف حرف العطف قوله ولان السبب قد ضعف الى اخره ليتكل
بالوصية فانها ايضا عقد ضعيف من حيث انها تقبل الفسخ وانها عقد تبرع من جانب
واحد كالهبة مع انها لا تحتاج الى انعقاد بالقبض في افادة الملك وايضا الكتابة الفاسدة
توجب حكمها قبل قبض البدل مع انها ضعيفة بالاقتران بالمفسد ولم يؤثر ضعفها
في اشتراطه الاعتضاد بالقبض وجوابه ان الشرط في البيع الفاسد هو قبض المعقود
عليه لا يكفيه قبض الثمن والمعقود عليه هو فك الحجر ابتداء والعتق انتهاء وهما لا يقبلان
القبض فلم يشترط بالضرورة وجوابه ان السبب الضعيف انما يحتاج الى الاعتضاد فاورد

على ملك قوي كما لهبة والوصية قبل نفاذها اما بعد الموت حتى يعتبر القبول والرد بعده
وملك الشخص بعد موته ضعيف لا يبقى الا فيما يتعلق به حاجته فيؤثر في ازالة السبب
الضعيف بدون الاعتضاد ايضا قوله بمنزلة الهبة قاس البيع الفاسد على الهبة
وفي شرط القياس تعدية حكم الاصل من غير تغيير والشرط في الهبة الشرط الكامل
حتى لا يصح في المشاع وفي البيع الفاسد تعيين القبض اعم من ان يكون كاملا او ناقصا
وجوابه ان القبض الكامل انما شرط في هبة ما يحتمل القسمة اما ما لا يحتملها فالشرط
في هبتها هبة نفس القبض فالقياس على هبة ما يقسم ان كان يوجب اشتراط القبض
الكامل فالقياس على هبة ما لا يقسم قوله فشرط اعتضاده بالقبض
قلت الهبة الفاسدة تفيد الملك عند القبض كالصحيحة ولا يشترط لاقترانه بالقبيح اعتضاده
بشيء اذ القبض شرط في الصحيحة ايضا لضعف فيها فيجب ان يشترط لاقترانها بالقبح
اعتضاده بشيء اخر عند القبض وحيث لم يشترط علم ان الاقتران لا يوجب اشتراط
الاعتضاد بشيء قوله ولشيء اخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا
لا ثمنا مشكل لان العقد على اعتبار قيمة الخمر يصير صرفا كانه باع قيمتها بدراهم معينة
الا انه صرف فاسد لجهالة احد عوضيه والصرف الفاسد يفيد الملك عند اتصال
القبض في المجلس فاعتبار قيمة الخمر وكونه مما لا يصلح ثمنا لا يوجب بطلان البيع بل تحقق فساده
والمطلوب اثبات البطلان وايضا القيمة انما تجب على البائع على تقدير فساد البيع الخمر اذا
وجب عليه التسليم لانه متى وجب تسليم الشيء وتعذر تسليمه تقام قيمته مقامه ولكن التسليم
لا يجب في البيع الفاسد لا على البائع ولا على المشتري نعم تجب القيمة على المشتري في البيع
الفاسد بالقبض ويتقرر ذلك بالهلاك كما يجب على الغاصب بالغصب ويتقرر بالهلاك
لكن وجوبها عليه لا يؤدي الى جعلها ثمنا على ما لا يخفى فان قلت المقصود هنا اقامة الدليل
على عدم صحة بيع الخمر بالدراهم وتقديره انه لو كان صحيحا لوجب على البائع تسليمه اذ البيع
يوجب التسليم وتسليمه متعذر اذ المسلم ممنوع من تسليمه وتسلمه فيجب عليه تسليم قيمته
فيؤدي الى جعل القيمة ثمنا فانه لا يصلح لذلك قلت بل المطلوب هنا التفرقة بين بيع الخمر بالدراهم
او بالدينار وساير البيوع الفاسدة من حيث انها توجب الملك عند القبض وبيع الخمر بالدراهم
لا يوجب اصلا فيجب اقامة الدليل على كونه باطلا لا فاسدا فلا يخفى ان بيع الخمر انما يؤدي الى
جعل القيمة ثمنا لو كان صحيحا من كل وجه فاما لو كان فاسدا بوصفه صحيحا باصله كساير
البيوع الفاسدة لم يؤد الى ذلك على ما لا يخفى قوله ثم شرط ان يكون القبض باذن البايع
قلت انما شرط اذنه لان القبض تصرف في ملكه فلا يجوز الا باذنه قوله لانه مضمون بنفسه
اي مضمون بالمثل سمى المثل نفسا لانه يحكي حكاية النفس والتقدير انه مضمون بالمثل وكل ما هو

مضمون

مضمون به فالمثل صورة ومعنى تقدم على المثل معنى لا صورة وهو القيمة كما في الغصب
فان المغصوب لما كان مضمونا بالمثل كان المثل الصوري مقدما على المثل المعنوي فكذا
المبيع بالبيع الفاسد ثم قوله مضمون بنفسه احتراز عما يكون مضمونا بغيره كالمشتري بالثمن
والرهن بالدين قوله اعدل اي اكثر عدلا اي مساواة والمقصود من التضمين هو
التسمية فما كان التسوية فيه اكثر كان مقدما في التضمين قوله لانه لما لم يعد حكم يكون
الفسخ امتناعا منه اعلم بان القبض فيما يتوقف حكمه عليه كالقبول في حق الحكم وحكم البيع
الفاسد يتوقف على القبض فيكون بمنزلة القبول فقبل القبض يكون الفسخ امتناعا
قبل القبول وولاية الامتناع لكل المتعاقدين فكذا يكون لهما ولاية الفسخ الذي هو
في معنى الامتناع قوله ولانه الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله
ووصفه فلا يعارضه بمجرد الوصف قلت هذا التعليل ينقض ببيع المشتري من المكره على
البيع فان المكره ان يسترد البيع من مشتري مشتريه مع ان البيع الاول وهو بيع المكره
صحيح باصله دون وصفه والثاني صحيح باصله ووصفه وجوابه سنذكره في الاكراه ان شاء الله تعالى
قوله وتعلق الاول لحق الشرع فان قلت قوله الا انه لم يتحقق المرضاة في حق من له
يشعر بان نقض الاول فيما اذا كان الفساد لشرط زايد لحق من له الشرط باعتبار عدم
رضاه فينبغي ان يكون له الفسخ لان حق العبد ان كان مقدما على حق الشرع فلا يجوز تقدمه
اجيب بان عدم ولاية الفسخ في هذه الصورة لتعليل اخر وهو ان البيع الثاني حصل
بتسليط البايع قوله فلمن له الشرط فان قلت الفساد واجب الدفع سواء كان في صلب العقد
او لشرط زايد فيجب ان يتمكن كل منهما من الفسخ اقامة للواجب قلت هذا انما تمسك به ابو حنيفة
وابو يوسف رحمهما الله فجواز الفسخ من كل منهما مطلقا وما ذكره من التفصيل فهو مذهب محمد
رحمه الله وهو كانه يقول بعد القبض ثبت الملك للمشتري وانه حق العبد وحقه مقدم على حق الشرع
عند المعاوضة واذا كان الفساد لشرط زايد فحق الشرع ضعيف يعارضه حق العبد فيقدم عليه
واذا كان في صلب العقد فحق الشرع قوي لا يظهر حق العبد بمقابلته حتى يقدم بخلاف ما قبل
القبض حيث لم يتعلق به حق العبد بعد لكن الفساد الذي في صلب العقد والفساد الذي لشرط
زايد سوا قوله ولانه حصل بتسليط من جهة البايع وقد يقال التسليط من قبله ان كان يمنع
الاسترداد لمنعه لحق الشرع فكانه تعليل فيما اذا الفساد لشرط زايد فانه ولاية الفسخ ثمه
لحق من له الشرط على ما يشعر به قوله الا انه لم يتحقق المرضاة في حق من له فلا يمكن من فسخ البيع الثاني
لحقه لحصول بتسليط منه ولانه رضي ببطلان حقه في الاسترداد على تقدير بيع المشتري من غيره قوله
والرهن نظير البيع لانهما لازمان قلت لو كان الرهن نظير البيع لصار المولى مختارا للفدا بالرهن
اذا رهن العبد الجاني بعد العلم بالجناية كما يصير مختارا له اذا باعه وسياتيك انه لا يصير مختارا للفداء

بالرهن لتمكنه من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلابد من الفرق بين حكم الفداو
لزوم القيمة في بيع الفاسد قوله ولانها بنعقد شيا فشيا اى بتحول العقد من العين
الى المنافع بحسب وجودها فان الاجارة تقع اولا على العين القايمة مقام المنافع ثم اذا وجدت
المنافع يتحول العقد من العين الى المنفعة لانها المقصودة بالاجارة قوله فكان الرد امتناعا عا
اى من وجه فمن حيث انه امتناع كان له ان ينفسخ بلا عذر ومن حيث انه فسخ لم يكن له ذلك في
العذر ايضا فجوزناه بالعذر لا بغيره عملا بجهتي كونه فسخا وامتناعا وبهذا يسقط ما يرد ان
الرد لو كان امتناعا لزم ان يصح بلا عذر ايضا ووجه السقوط على ما ذكرنا من التوجيه ظاهر حتى
يرد الثمن اى القيمة التي اخذها من المشتري كذا في الشرح وانما اوله لان الثمن في البيع هو مطلق
الدراهم صحيحا كان او فاسدا وواجب الرد في البيع الفاسد عند اخذ المبيع هو عين ما اخذ من
المشتري اذ الثمن المؤدى فيه يتعين بالتعيين حتى لو امسك ما اخذ منه ورد مثله لا يجوز
ولا يسقط ما للمشتري من حق الحبس فلا يمكن ان يراد بالثمن ما هو المسمى في العقد من مطلق الدراهم
او الدنانير حيث لا يتمكن من استرداد المبيع برد المطلق بل برد عين ما اخذ فلا بد وان يراد بالثمن
عين المال الذي اخذ من المشتري وايضا فيه تصريح بالاحتراز عما اذا اشترى عبدا بالف درهم دين
كان للمشتري على البايع شرا فاسدا وقبضه باذن البايع ثم ان البايع اراد استرداد العبد بحكم
فساد البيع واراد المشتري حبسه لم يكن له ذلك فرق بين هذا وبين ما اذا كان البيع جايزا في هذه
الصورة لان للمشتري ان يحبس المبيع الى ان يستوفي ما على البايع من الدين والفرق ان العقد في الجايز
لا يتعلق بعين ذلك الدين بل بمثله دينا في الذمة ثم يلتقيان قصاصا فيعتبر ان يحالوا ستوفاه
حقيقة وفي الفاسد ان كان لا يتعلق بعين ذلك الدين ايضا لكن لا يجب مثل ذلك دينا في ذمة
المشتري وانما يجب قيمة المبيع عند القبض والقيمة غير متقررة من قبيل الهلاك فانها تحتمل السقوط ٢
ودين المشتري المتقررة فلم يتفقا وصفا والمقاصة انما تجب عند الاستوآء في الوصف فلم
يصر البايع مستوفيا للثمن بالمقاصة لتعذر ذلك بالاستيفاء حقيقة ثم قوله حتى يرد الثمن
ظاهره لسعر بان البايع يطالب بالثمن اولا ولكن ينبغي ان يقال يسلمان معا التعيين حق كل واحد اذ
الثمن يتعين في البيع الفاسد على الاصح قوله لان المبيع مقابل به قال الامام التمرتاشي لو اشترى
عبدا بيعا فاسدا او استاجره اجارة فاسدة ونقد الثمن او الاجرة ونقد الثمن او الاجرة او ارتهن
رهنا فاسدا فله ان يحبس ما اشتراه حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجايز اذا تفاسخا لان هذه
عقود معاوضة فيوجب التسوية بين البدلين كذا في الشرح قلت ان الدراهم والدنانير تتعينان
في الفاسد في الاصح فكانت التسوية قايمة فيه لتعين كل من البدلين فينبغي ان لا يجب على البايع تسليم
الثمن اولا بل يقال يسلمان معا كما في بيع الصرف وكان ما ذكره التمرتاشي محمول على غير الاصح وفي الكافي اعلم انه
اذا اشترى عبدا بالف درهم ورطل من خمر وتقابضا ثم نقض البايع البيع بحكم الفساد واراد ان يأخذ

عبده

عبده من المشتري فللمشتري منع العبد منه حتى يرد الثمن عليه لان الفاسد ملحق بالجايز وان البيع لو كان
جايزا ثم فسخا العقد فللمشتري منع العبد حبس العبد الى ان يستوفي الثمن من البايع وهذا لان
ما يقابله وان كان البيع فاسدا فيصير محبوسا به وكان احق به كما في الرهن وكذا لو استاجره
اجارة فاسدة وتقابضا ثم اراد الموجر ان ينقض الاجارة فللمستاجر حق حبس العبد لاسترداد
الاجرة وكذا لو اقرضه الفا وارتهنه من المستقرض رهنا فاسدا بان رهن نصف داره ثم
نقض الراهن الرهن بحكم الفساد فللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يستوفي الدين لان المرتهن انما
استفاد اليد على الرهن بمقابلة الذي اقرضه فكان له حبسه كما في الرهن الصحيح اذا تفاسخا الرهن
هذا لفظه وانه مشكل لما عرف ان الرهن لا ينفسخ بالقول انما ينفسخ بالرد وتسليم الرهن الى الراهن
فقد اسقط ما له من حق الحبس كما لو سلم المبيع في البيع الفاسد لم يكن له ان يسترده بعد الرد ثم حبسه
فكذا هذا قوله ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى فان قلت هذا يوجب ان
لا ينقطع حق البايع ببيع المشتري ايضا لان حق الشفيع وهو اضعف الحقين لا يبطل به
فهو اولى ان لا يبطل قلت نعم ولكن ابطلنا حق البايع بالبيع لما سبق انه يتعلق بالثاني حق
العبد وحقه مقدم لحاجته وحق المشتري ان كان يتعلق بالبناء والغرس لكن لا على وجه شروع
فصار كتعلق حقه بنفس البيع وذلك غير معتبر لقطع حق الاسترداد لثبوته لا على وجه شروع
فكذا هذا قوله والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فان قيل قد ذكر قبل انهما يتعينان
في البيع الفاسد فكيف ذكر هنا انه لا يتعين قلنا فيه اختلاف الروايتين فذكر هذه المسئلة على قول من
يقول بانهما لا يتعين كذا في الشرح وفي الحاشية ان البحث في العقد الثاني وهو صحيح لا في الاول حتى
يحتاج الى الجواب قوله ذكر الشارح هذا السوال عند قوله والدراهم والدنانير لا يتعينان في
العقود وتوجيهه ان هذا العموم يتناول العقود الفاسدة وذكر انهما لا يتعينان فيها فلا بد من الحمل
على الرواية الاخرى او على الصحيح من العقود نعم لو كان سوال الشارح على قوله فلم يتعلق العقد بعينها
لكان غير متوجه ولكن ذكر هذا السوال على عموم قوله لا يتعينان في العقود ولا شك انه متوجه يحتاج
الى الجواب قلت والمعتبر هي الشبهة دون النازل عنها وهذا يشكل بان اجارة منافع الدار
بمنافع الحانوت لا يجوز مع انهما مختلفا لشبهة المجانسة ولولا متجانسين حقيقة لكان فيه شبهة
الربوا باعتبار جود احد وصفيه فلما كانا متجانسين كما كانت الشبهة نازلة وشرا ما باع باقل
مما باع حرام لشبهة الربا وانه كما حرم للبايع حرم لعمل من لا يقبل شهادته له كالابن والاب والزوجة
مع القطع بان شرا البايع ما باع باقل منه قبل نقد الثمن لما كان حراما لشبهة الربوا كما مر كان
كشرا من لا يقبل شهادته له شبهة الشبهة الا ان يقال ان الحرمة اذا لم تكن غير منصوصة لكنها
تثبت للشبهة احتياطا لم يثبت فيما نزلت تلك الشبهة اما اذا كانت منصوصة تثبت فيما فيه
شبهة المنصوص وان كان النص معللا بالشبهة اذ المعتبر فيما فيه النص هو النص دون العلة

المسنوجة فيحرم كل ما فيه شبهة المنصوص وان كان فيه شبهة العلة وشراما باع باقل مما باع قبل
نقد الثمن حرام بالنص وان كان النص معللا بشبهة الربوا الا لاجل الشبهة نفسها حتى لا يحرم
ما تنزلت عنه تلك الشبهة وهو شرا من لا يقبل شهادته وكذا حرمة النسا عند وجود احد
وصفي علة الربوا منصوص عليها فيحرم في كل ما يوجد فيه شبهة وجود احد الوصفين وان كانت
شبهة الربوا فيه نازلة نعم لقايل ان يقول فيجب ان يحرم اسلام الدراهم او الدنانير في الزعفران
لاتحادهما في كون كل موزونا لانه انما لا يحرم باعتبار اختلافهما في كيفية الوزن اذ الزعفران
يوزن بالامنا والدراهم والدنانير توزن بالسنجات ولو كان كل واحد منهما موزونا على الشرط
واحد لكان فيه شبهة الربوا فحيث اختلفا في كيفية الوزن تنزلت تلك الشبهة الى ما دونها فلو كان
حرمة النسا عند وجود احد وصفي العلة الربوا من القدر او الجنس منصوصا عليها الحرم في كل ما يوجد
احد وصفيها ولو شبهة قوله وكذا اذا ادعى على اخر الى قوله تعيينا ان وبدل المستحق مملوك
والدليل عليه ان الرجل اذا باع عبدا بجارية واعتق الجارية ثم استحق العبد لا يبطل العتق
في الجارية ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لبطل والفقه ان الاستحقاق يظهر في حق البدل من
وجه اذ ما ظهر في حق نفسه قصدا ولكن ظهر في شيء هو بدل عنه فكان ظهوره في حقه من هذا الوجه
ولو كان الاستحقاق ثابتا من كل وجه لبطل الملك ولو لم يظهر اصلا لنفي فاذا ظهر من وجه قلنا ببقاء
الاصل وفوات الوصف وهو يجب لانه ذكر في الذخيرة انه اذا كفل بالثمن فنقد الكفيل وقبض
المشتري المبيع ثم غاب الكفيل قبل ان يرجع على المشتري ثم استحق المبيع فاراد المشتري ان يرجع
على البايع بالثمن لم يكن له ذلك حتى يحضر الكفيل لانه لو رجع واراد ان يرجع لان اداء الكفيل كادائه
ولا وجه اليه لانه بالاستحقاق فتبين ان الكفيل لم يرد شيئا واجبا اليه وان الكفالة كانت باطلة واما لانه
ملك المودى ولا وجه اليه لانه انما يملك اذا ضمن الكفيل مثل المودى ولم يضمن بعد ولو كان الكفيل
رجع على المشتري بالنقد ثم غاب ثم استحق رجع المشتري على البايع لانه ملك المودى بالضمان ولو هلك
المبيع في يد البايع كان للمشتري ان يرجع بالثمن على البايع رجع الكفيل على المشتري اولا اما اذا رجع
فلما قلنا في الاستحقاق واما اذا لم يرجع فلانه بهلاك العبد لا يتبين ان الكفالة فاسدة اذ به لا يتبين
ان العقد لم يكن صحيحا فحصل الاداء بكفالة صحيحة وصار كاداء المشتري واما بالاستحقاق
فيظهر ان الثمن لم يكن واجبا عليه وان الكفالة لم تصح فلم يصر اداء الكفيل كاداء المشتري هذا لفظه
فلو كان البدل المستحق مملوكا فلو كان اداء الكفيل بحكم الكفالة صحيحة كاداء المشتري ولم يظهر بالاستحقاق
بطلان الكفالة بالثمن يعرف بالتامل والجواب ان بالاستحقاق ان كان لا يظهر ان الثمن لم يكن واجبا على
المشتري وانه لم يكن مملوكا للبايع باعتبار ان بدل المستحق مملوك فلا يخفى انه يظهر بالاستحقاق فساد
ملك البايع في الثمن وبدل المستحق ان كان مملوكا فهو مملوك ملكا فاسدا وفساد الملك في الثمن يمنع
بوجه المطالبة لانها يبنى على ملك صحيح وامتناع بوجه المطالبة يمنع صحة الكفالة لانها يبنى على المطالبة

فعلى

فعلى هذا ما ذكر في الذخيرة من قوله ان الكفيل لم يرد شيئا واجبا عليه معناه لم يرد شيئا واجبا وجوبا
صحيحا والكفالة ينتهي على الوجوب الصحيح الذي يتوجه عليه المطالبة فيظهر بطلان الكفالة ثم المصنف رحمه الله
جعل الدراهم المواخذة الى الداين بدل دينه الذي هو على المديون وفيه اشعار بان الدين بالقضاء لا يسقط
ولا يبقى مملوكا للداين ولا يلزم اجتماع البدلين في ملك وقد ذكر في الرهن ان الدين لا يسقط بالاداء الا انه
يتعذر الاستيفاء لعدم الفايدة لانه يعقب مطالبة مثله كما هو في نفسه قايم ومن هذا قالوا لو ابرا رب
الدين مديونه من الدين بعد استيفاء الدين يصح ابراؤه ويلزمه رد ما استوفى والله اعلم قوله
ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يستام الرجل على سوم اخيه اراد به اخوة العامة الثابتة بقرابة ادام وحوا عليهما
السلام فيتناول ما اذا كان صاحبه ذميا او اراد الاخوة الدينية بقوله انما المؤمنون اخوة والذمي تابع
للمسلم فيما لهم وعليهم واللطيفة في ذكر الاخ مكان الغير الاستعطاف اذ الاخوة حاملة على الامتناع
عن التجاسر بالسوم على سوم غيره ثم لفظ الخبر وان كان بصيغة الاخبار فمعناه النهي صونا له عن الخلف
اذ الرجل ربما يستام على سوم غيره والنكتة في العدول عن النهي الى النفي اظهار الرغبة في الامتثال
كانه امتثل وامتنع عن السوم على سوم غيره فهو يخبر عنه قوله ولان في ذلك ايحاشا واضرارا اي ايقاعا
لاخيه في الوحشة والضرر وقد نهى عليه السلام عنه قال لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال لعن الله من ضر مسلما
او غيره فهذا في المعنى اخر او بمعنى هذا الحديث لكنه معلول بالضرر والايحاش قوله ما ذكرنا هنا
من محمل النهي هنا محمل النهي في النكاح اي النهي عن الخطبة على خطبة اخيه محمول على ما اذا ركن احدهما الى الاخر
بعد استقرار المهر وانما حمل عليه لانه معلول بالايحاش والاضرار وانه انما يتحقق بعد ركون احدهما الى الاخر
فاما قبله فلا ضرر ولا ايحاش ولانه عليه السلام قد اجاز بيع من يزيد فلو اطلق النهي هنا لكره بيع
من يزيد ايضا قوله ليس السعر اي كثير قوله اما اذا لم يكن كذلك اي في قحط وعوز فلا باس بالبيع
للبادي لانعدام الضرر وهو الموجب للكراهية والحكم ينتفي بانتفاء العلة المنحصرة قوله ثم فيه اخلال
بواجب السعي على بعض الوجوه بان قعدا عند البيع او وقفا قايمين بخلاف ما لو كانا ماشيين فانه يحل
ولا يكره هكذا ذكر في صدر الاسلام في اصول الفقه كذا في الشرح قلت انما يجوز البيع في حالة المشي اذا
اتصل قبول المشتري بايجاب البايع من غير سكتة بينهما وان لم يتصل به قبول المشتري فلا يجوز البيع هكذا
ذكر الشارح في اخر فصل الامر باليد ثم البايع والمشتري لو كانا في سفينة تجري الى البابع لا يكره البيع
اصلا وهذا النظر اوضح قوله لان الفساد اي النهي والحرمة القبيح ثابت بالنظر الى معنى فاسد
لا في صلب العقد ولا في شرايط الصحة فان قلت من شرايطها ان لا يتعذر البيع منهيا فعدم علل المصنف رحمه الله
فساد البيع بالنهي في غير موضع من كتابه والنهي متحقق هنا اجيب بان النهي انما يوجب الفساد اذا كان
لمعنى لا ينفك عن المنهي عنه ولا يتصور له وجود في غيره ويسمى وصفا بخلاف ما ينفك عنه ويتصور له وجود في
غيره ويسمى مجاورا وانه يوجب الكراهة اثباتا للحكم بقدر الدليل والنهي في البيوع للمجاور اذ النزل البيع
مما ينفك عن البيع ويوجد بغيره وكذا الضرر باهل البلد لا يختص ببيع الحاضر للبادي لان وجود الضرر بالحضور عليه فان قلت يشتغل بالتحسس والسوم على سوم غيره

لعدم تصوره في غير البيع اجيب بان المنهي عنه هو النجش والسوم دون البيع لاجلهما ه قوله ولقوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها
فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة والتفريق بينه وبين احبته عقوبة كما اشار اليه الحافظ الشيرازي بقوله
شنيده ام سخن خوش كه پير كنعان گفت فراق يار نه آن ميكند كه بتوان گفت حديث هول
قيامت كه گفت واعظ شهر كنايتيست از روزگار هجران گفت وفي عبارة التجيبي فرقت احباب
آتش امت سوزنده وقطيعت ارباب ستمي است تربيه دوري همدمان موتي است في
موت وما يجوي محرمان مرگي است في ملك الموت ... عزرايل را سوزنده باعتق سوز
مدد كارهم فراق دوست عزرايل بس باشد مرا قوله والمنع من التعاهد اي تعاهد الكبير
الصغير ويقال التعاهد واجب على مولاه فلا يفرد فوت تعاهد الكبير لقيام تعاهد المولى مقامه
فكان المراد فضل تعاهد يحمله عليه فرط الشفقة وكمال المحبة لا قدر ما يجب على المولى من النفقة والسكنى
وذكر في الكافي فان قلت الحربي اذا دخل دارنا بامان بغلامين صغيرين فاراد ان يبيع احدهما
فلا بأس بشرائه منه وان كان فيه تفريق قلت لو لم يشتريه منه لعاديه الى دار الحرب وشراؤه منه انظر
من مراعات التفريق هذا الكلام وقد يقال شراؤه وان كان انظر له فهو اضر لاخيه الباقي على ملك الحربي
وجلب المنفعة انما يستحسن اذا لم يتضمن الحاق ضرر بالاخر والا فدفع المضرة اولى من اتصال
الراحة ثم هذا الذي ذكره الشيخ يقتضي ان يجوز بيع احد الصغيرين من ابيه او امه او غيرهما ممن
هو ذو رحم منه لانه انظر له من حيث يعتق على المشتري ويخلف المشتري الاخر في التعاهد والاستيناس
ولكن الظاهر انه لا يجوز لان بيع احدهما ممن يعتق عليه ثم يتعاهد ويستأنس وان كان انظر للذي
يبيعه منه فهو نقص بالاخر ودفع الضرر عن احدهما اولى من جلب المنفعة للاخر قوله ثم المنع معلول
بالقرابة المحرمة للنكاح وهذا من قبيل دلالة النص واثره في تعميم الحكم كانه قيل من فرق بين المحرمين
الحديث ولكن يشكل بان دلالة النص لا يحتمل التخصيص وقد خص الكبيرين المحرمين وجوابه انه ليس
من التخصيص بل هو من باب ترك الدلالة بدليل اقوى منه وهو ما روي انه عليه السلام فرق بين مارية
وسيرين وهما امتان اختان ثم هذه العلة منقوضة بمسايل احدها اذا ابرا واستولد احدهما كان له
ان يبيع الاخر والثاني اذا اجنى احدهما جناية كان للمولى ان يدفعه الى ولي الجناية مع انه مختار في الدفع
لانه مخير بين الدفع والفداء وثالثها الحربي اذا باع احدهما يجوز للمسلم ان يشتريه بلا كراهة ورابعها
لو كان لرجل ثلاثة اخوة احدهم صغير جاز للمولى ان يبيع احد الكبيرين وخامسها لو اشتراهما فوجد
باحدهما عيبا فله ان يرده خاصة وسادسها انه يجوز ان يكاتب احدهما وان كان فيه تفريق باعتبار الاخراج
عن الملك وسابعها اذا كان لرجل امة ولها ولد صغير مراهق يجوز ان يبيع باختيار الصغير والجواب
اما عن الاول والثاني فلان القرابة المحرمة للنكاح انما اوجب المنع عن التفريق لما فيه من الاضرار بالصغير
وقد مهد في قواعد الشرع ان دفع الضرر عن احد على وجه يتضمن الحاق الضرر بغيره باطل وفيما صار قد يكما
بحيث لا يقبل البيع لو امتنع بيع الاخر لتضرر المولى حيث يتعذر عليه بيعه ومع الاخر منفردا وفيه صورتين

للمولى

للمولى وكذا اذا اجنى احدهما لانه لو لم يجز دفعه لوجب الفداء عليه جبرا وفيه ضرر لانه ربما يتعسر عليه
الفداء ويكون فيه استيصاله واما عن الثالث فقد مر واما عن الرابع فلان الباقي من الكبيرين
يكفي لتعاهد الصغير واستيناسه فلا يتضرر ببيع احدهما والموجب لحرمة التفريق هو الاضرار بالصبي
وانه منتف ههنا واما عن الخامس فلان الرد بالعيب فسخ اما اذا كان بالقضاء ففي حق الكل واما اذا
بالرضا ففي حق المتعاقدين خاصة فيكون اعادة الى قديم ملك البائع لا اخراجا لاحدهما عن ملكه وفيه
نظر لان المحرم انما هو التفريق بينهما لا اخراج احدهما عن ملكه والتفريق حاصل فيما اذا رد احدهما
بعيب فالجواب ان دفع الضرر انما يجب اذا لم يتضرر به وفي عدم التفريق اما اذا تضمنه فلا وفي امتناع
رد العيب خاصة ضرر بالمشتري اقوى من ضرر التفريق ولا يمتنع واما عن السادس فلان المكاتب
بعد العتق بل في حال الكتابة يمكنه ان يقدر من معاهدة اخيه فلا يتضرر بهذا التفريق واما عن
السابع فلان المراهق في حكم البالغ في اختيار الارفق وانه لما اختار التفريق علم انه ارفق له من
الاجتماع مع انه لما لو كان بالغا خفيفة قوله فيقتصر على مورده ويقال الوارد بخلاف القياس لا نسلم
يحتمل المقايسة باستنباط العلة فهو يحتمل اثبات الحكم في غير المنصوص بمعنى مفهوم من النص لغة
والمنع معلول بالاضرار لغة وانه موجود في تفريق احد الزوجين حتى فسر العذاب الشديد في قوله تعالى
او لاعذبنه عذابا شديدا بتفريقه عن زوجته واي ضرر اشد من العذاب الشديد ولا يدخل فيه الزوجان
حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فان قيل قد ذكر قبله معنى معقولا قلنا مطلق
وجود المعنى لا يدل على كون النص معقولا وانما ذلك اذا لم يكن النص مخالفا للدليل الظاهر وههنا كذلك
لان المملوكين الصغيرين ملكه والملك مطلق فيجوز تصرفه بالجميع والتفريق كما يجوز في ساير املاكه
فلما ورد النص بالمنع عن التفريق سمي نصا بخلاف القياس لمخالفة الدليل الظاهر وان كان فيه معنى معقول
من وجه اخر كذا في الشرح قوله حتى لو كان احد الصغيرين له والاخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما
اطلق الغير ليتناول جميع من هو غير المالك سواء كان الغير ابنا صغيرا له او كبيرا او هما في مؤنته او لا
سواء كان زوجته او مكاتبه كذا في الشرح قلت ينبغي ان لا يجوز التفريق اذا كان احدهما في
ملكه والاخر في ملك من هو لاجتماعهما في ملك واحد حكما باعتبار اتصال الاملاك وامتناع احدهما
بملك اخر عادة وفي المحرمات يؤخذ بالاحتياط الا يرى ان شرا ما باع باقل مما باع لما لم يجز للبائع
لم يجز لابنه وزوجته ومكاتبه وغيرهم ممن اتصلت املاكهم باملاكه احتياطا فكان يؤخذ بالاحتياط
فقد وجب ان يؤخذ ههنا ثم قال الشارح وهذا الحكم اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا
او ماذونا اما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اغلظ والكفار غير مخاطبين
بالشرائع قلت هم مخاطبون بالحرمات والتفريق بين الصغيرين او الكبير والصغير منهما
وكانوا مخاطبين به قوله لان المنظور دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به الاولى في
التعليل هو ما ذكره في الكافي من قوله لان المنع عن التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولا يجوز

دفع الضرر عن شخص لوجه للحق الضرر بشخص اخر فاذا تعلق باحدهما حق فالمنع من ابقا الحق
اضرار لصاحب الحق بهذا النظر وذلك ان التعليل للمصنف رحمه الله يبنى من كون النهى هو قصد
الاضرار بالصغير ولا يخفى ان من بيع الصغير في الحاجة اعتبر به فهو لا يقصد بتبعه اضرار الصبى
بل دفعها وحاجة مع انه يكره بيعه فعلم ان المنهى عنه هو لزوم الضرر به دون قصد الاضرار به ثم
لقائل ان يقول ان المالك اذا احتاج الى بيع احدهما لحاجة مستة والى ابقا الاخر في ملكه للخدمة
ولم يجز له التفريق لتضرر به ايضا مع ذلك ايضا لعدم حق الصغير وفيه دفع الضرر عنه لوجه
يتضرر غيره الا ان يجاب بان البايع يمكنه دفع الضرر عن نفسه بشرا عبد اخر للخدمة اما ضرر الصبى
فلا يمكنه دفعه فيجب تقديمه في الدفع نعم يشكل بان دفع الضرر عن غيره لم يعتبر في بيعه
في الدين ورده الى البايع لامكان دفع الضرر عنه باداء الدين من ماله نفسه ورجوعه الى البايع
بنقصان العيب الا يرى ان رد المبيع المعيب اذا امتنع لحق العبد لحدوث عيب اخر في يده
اولحق الشرع بان خاط او صبغ احمر تعين الرجوع بالنقصان فكذا اذا امتنع العبد المبيع
قوله وقد صح انه عليه السلام فرق بين مارية وسيرين وكانا امتين اختين فيخص به عموم قوله من فرق
الى اخره المعلل بالتفريق بين المحرمين وليقال جاز ان يكره التفريق مطلقا وكان تفريقه عليه السلام
بين مارية وسيرين فعلم الجواز وقد علم ان ارتكاب المكروه من النبي عليه السلام الجواز لمصلحة تعليم الجواز
ليس بمكروه دفعا لحاجتهما وهما قد يحتاجان اليه دفعا للغبن فان البيع

باب الاقالة

عقد مرابحة ومغابنة بخلاف النكاح حيث لا مغابنة فيه اذ المقصود منه الازدواج دون المال حتى
يتحقق فيه الغبن فيحتاج الى دفعه من الاصل كانه لم يكن قوله والاصل الخ فان قلت بهذا الاصل
يشكل بما اذا اشترى عبدا بكر وسط وتقابضا ثم تقايلا لا يلزمه رد عين المقبوض ولا مثله وانما يجب
رد مثل المشروط في العقد سواء كان المقبوض اجود من المشروط او اردى منه هكذا ذكر في عامة النسخ
وعليه عامة المشايخ ولا يخفى ان رد مثل المقبوض او مثل المشروط من حقوق المتعاقدين فلو اعتبرت
الاقالة في هذا فسخا للزمه رد مثل المقبوض لا مثل المشروط كما لو كان الرد بالعيب بعد القبض
وبما اذا اشترى من له دين موجل عبدا من مديونه بذلك الدين ثم تقايلا لا يعود الاجل وكذا اذا
وجد بالمشترى عيبا فرده بغير قضا لا يعود الاجل فاعتبرت الاقالة والرد بالعيب بغير قضا بيعا جديدا
في حق الاجل وان كان في حقهما اذ لو اعتبرت فسخا لكان يجب ان يعود الاجل كما لو كان الرد بالعيب
بعد القبض بقضا وبما اذا كفل بالدين ثم ان المديون صالح مع رب الدين على عبد ثم تقايلا الصلح
فانه لا يعود كفيلا فلم يجعل الاقالة في حق الكفالة فسخا فيما بينهما لانهما لو اعتبرت فسخا فيما
بينهما العادت الكفالة كما لو كان بالدين رهن والرهن في يد الطالب بعد الصلح فتقايلا
من غير شرط الرهن فانه يعود الرهن قلنا بعض مشايخنا قالوا في الجواب ان الاقالة
فسخ فيما بين المتعاقدين معناه انه فسخ فيما بينهما فيما هو من موجبات البيع الذى ٢

الذى جرت الاقالة فيه واحكامه وحكمه ما ثبت بنفس البيع او بعارض شرط يقرر حكمه فاما
ما ليس من احكامه وهو ما يحتاج الى شرط لا يقدر حكمه فالاقالة في حقه بيع في حقهما ايضا
وذلك ان الاقالة فسخ لفظا بيع معنى فاعتبرنا اللفظ فيما كان من احكام البيع من حقوقهما
والمعنى فيما ليس من احكامه عملا فيهما جميعا وزيادة الجودة على المشروط ونقصانها عنه
ليس من موجبات البيع فانه لا يجب بالبيع وانما يثبت بعارض ما يزيد المشترى الجودة على
المشروط او يبرى البايع عنها وكذا الاجل والكفالة ليسا من احكام البيع ولئن كان من احكام
فاعتبرت الاقالة في حق هذه الاشيا بيعا فيما بينهما ايضا واما الرهن فهو وان كان ثبت
بالشرط الا انه شرع لاستيفا حكم البيع وهو الثمن من مال المشترى والبيع يوجب استيفاء
الثمن من ماله فامكن ان يعتبر الرهن حكما للبيع بخلاف الكفالة فانها شرعت للمطالبة من غير
المشترى والبيع لا يوجب ذلك فلا يعتبر حكما للبيع هذا غاية ما قيل في الفرق بين الرهن و
الكفالة والظاهر ان سوال الكفالة غير وارد لان الكفيل ليس عاقد فلا يمكن ان يجعل اقالة الصلح
في حقه فسخا بل بيعا جديدا ولو عاد كفيلا لزم ان يكون فسخا في حق غيرهما ايضا اما الرهن فلا يتعلق
بغيرهما فيكون فسخا في حقه ايضا ثم الحق ان الرهن لا يبطل بالصلح عن الدين واداء قبل الاسترداد
للرهون بل يبقى رهنا كما كان على ما يجى التصريح به في اخر كتاب الرهن وذلك ان الدين لا يسقط
بالاداء والصلح عنه بل يبقى كما كان الا انه يمنع المطالبة لانه يعقب مثله فلا يفيد والرهن كان
بالدين والقبض وهما باقيان فيبقى الرهن حتى لو هلك يهلك بالدين ويسترد ما ادى الى
الداين ولما كان الرهن باقيا بعد الصلح قبل اقالته فلان يبقى بعد الاقالة اولى الا انه قبل الاقالة
كان له ان ينقض الرهن فقبض المرهون لمكان استيفاء الدين وقد بطل الاستيفا بالاقالة
فلم يبق له حق قبض المرهون فليس هذا من باب عود الرهن بعد الاقالة حتى يشكل الفرق بين الكفالة
والرهن او الكفالة يبطل بعد الصلح عن الدين لانها بعد المطالبة وهي تبطل بالصلح والرهن يتعلق الدين
والقبض وكلاهما باقيان بعد الصلح قبل اقالته فبعد اقالته اولى فيبقى الرهن كما كان بخلاف الكفالة وانها
لما بطلت بالصلح فبعد اقالته لو عاد لعاد من حيث انها فسخ في حق المتعاقدين والكفيل غيرهما فيكون
تبعا في حقه فلا تعود الكفالة نعم لو عاد للمرتهن بالاقالة بحق المرهون من المديون اذا كان قد قبض
الرهن لا يشكل الفرق بينه وبين الكفالة ولكن ذلك ممنوع وفي قوله والرهن في يد الطالب اشارة
اليه فتامل قوله ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين حتى لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو
كانت بيعا في حقهما ايضا لبطلت كذا في الشرح فان قلت الفساد بالشروط الفاسدة
لحق الشرع لا لحق العبد وانه رعى غيرهما وفي حق الغير هو بيع جديد فينبغي ان تفسد بالشروط
التي لا تقتضيه العقد الا يرى ان البيع لو كان صرفا فالتقابض شرط لصحة اقالته لانه حق الشرع وفي حق
هي بيع جديد اجيب بانها ان كانت بيعا في غيرهما ولكن كونه بيعا في حق الثالث امر ضروري

ثبت في ضمن الفسخ لا بمقتضى الصيغة على ما يجيء والبيع اذا ثبت في ضمن الشيء لا يفسد بالشرط الفاسد
اذا كان ذلك الشيء لا يفسد به كما لو قال لغيره اعتق امتك عني بالف درهم على ان تزوجنيها ثبت
البيع مقتضى اذا اعتق ولا يفسد بشرط النكاح قال الامام فخر الاسلام والامام الكشاني ولم
يبطل البيع بشرط النكاح لانه مندرج في الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق فلم تبطل بالشرط الفاسد
الاعتاق وكذا الفسخ لا يبطل بالشرط الفاسد فلا يبطل به البيع والثابت في ضمنه بخلاف
التقابض في الصرف فانه لو لم يشترط لم يتحقق كونه بيعا في حق الثالث اذ التقابض يشترط
لبقاء العقد منعقدا على ما يجيء فيكون فواته مبطلا لاصل العقد فلا يكون بيعا في حق الثالث
ايضا وهو بيع في حقه فلا بد من التقابض بل يجب ان يعتبر بيعا جديدا لانه ثالث واما
الوهن فلا يتعلق بغيرهما فيكون فسخا في حقه ايضا قوله بيع جديد في حق غيرهما فان قيل
ذكر محمد رحمه الله انه لو تساوم رجلا بدار بالف درهم فابى فقال اخر بعه بالف درهم على اني ضامن
لك خمسمائة درهم من الالف سوى الثمن سوى الالف فباعه منه ان البيع جائز فينعقد المشتري
الفا والكفيل خمسمائة فاذا انعقد ذلك وقبض المشتري الدار ثم تقايل المشتري مع ان بايع البيع
فهو قياس قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الدار للبايع ويرد الالف على المشتري والخمسمائة على الكفيل فاعتبر
الاقالة فسخا في حق الكفيل وانه ثالث ولو اعتبر بيعا جديدا في حقه لما وجب على البايع ان
يرد الخمسمائة الى الكفيل كما لو اشترى البايع من المشتري ثانيا قلنا ان الكفيل من تلك المسئلة
عاقد حكما لان الزيادة منه قد صحت والزيادة لاثبات صفة من صفات العقد والمثبت للاصل
عاقد فكذا المثبت للوصف والاقالة فسخ في حق العاقد فيما اذا كان من حقوق العقد وايضا
تعذر ان يجعل الزيادة سالمة للبايع اذ البيع قد انفسخ في حقه وتعذر ان يجعل سالمة للمشتري
ايضا لان الاقالة قلب البيع فانما يستوجب المشتري بالاقالة على البايع ما كان يستوجب البايع
عند البيع عليه والبايع ههنا بالبيع استوجب على المشتري الف درهم لا غير فكذا المشتري
عند الاقالة لا يستوجب على البايع الا الالف فبالضرورة جعلناها للكفيل لانه احق الناس بها
كذا ذكر في الذخيرة في الفصل الحادي والعشرين من كتاب الكفالة وفي الحوانيس نظر اما
في الاول فلانه لو كان الكفيل عاقدا حكما وكانت الاقالة فسخا في حقه ايضا وجب ان لا يبطل
حق الشفعة بهذه الاقالة لو كان شفيعا لتلك الدار وذا ممنوع وايضا سلمنا انه عاقد
الا انه عاقد لم يفسخ البيع بل هو ساكت فكيف يكون فسخا ارايت لو كان عاقدا حقيقة ابتنى
العقد في حقه بلا فسخ لا فكذا اذا كان عاقدا حكما واما في الثاني فلانه كما تعذر ان يجعل الزيادة
للبايع من حيث ان البيع قد انفسخ في حقه تعذر جعله للكفيل ايضا من حيث ان الاقالة بيع جديد
في حقه لانه ثالث وكما ان الكفيل احق بالزيادة من حيث انها كانت له فالبايع احق بها من حيث انها
صارت له فاستويا قوله وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع قلت

لوكان

لو كان امرا ضروريا لما صح الاحتيال في جعله بيعا وقد احتال المصنف رحمه الله في جعله بيعا
في اقالة السلم حيث قال فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم برأس المال شيئا حتى
يقبضه كله لانه اخذ شبها بالمبيع فلا يجعل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق
ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لانه دين مثله هذا لفظه
فانظر انه كيف احتال في جعل الاقالة بيعا حيث جعل رأس المال مبيعا لتصحيح كون الاقالة
بيعا في حق الثالث فلو كان امرا ضروريا لما احتيج الى الاحتيال في اثباته بعدما تحقق مقتضى
صيغته على الكمال وايضا لما كان كونه بيعا ضروريا لكان من لوازم الاقالة فاستحال التنافي بينهما
اذ اللازم مع الملزوم لا يتنافيان ابدا وتحقيقه ان الاقالة بيع ان كان لا يجتمع مع ذلك البيع
لكونه عبارة عن رفعه ورفع الشيء من اثبات ذلك الشيء محال اما رفع الشيء مع اثبات غيره فلا يتنافيان
والاقالة رفع للعقد السابق واثبات اخر بينهما فلا يصح ان يراد بها اثبات العقد السابق لكان
التضاد بينهما واما ثبوت بيع اخر فلا منافاة بينه وبين رفع العقد السابق فجاز ان يذكر
الاقالة ويراد ما يلازمه من العقد الاخر قوله لان الحط يجعل بازاء ما فات من العيب فان قلت
كيف يجعل المحطوط بازاء العيب والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن قلت ذكر في الكافي فصل
المتفرقات ان الوصف لا قسط له من الثمن اذا صار مقصودا بالامساك عند قبض المشتري
حتى لو اشترى عبدا فوجد به عيبا فصالح من عيبه على امة قبل القبض لم تكن الامة عوضا من
العيب بل زيادة في اصل المبيع حتى كان الثمن على العبد والامة على قدر قيمتهما حتى لو وجد باحدهما
عيبا رده بحصته من الثمن ولو كان الصلح بعد القبض كانت الامة عوضا عن العيب حتى لو وجد بها
عيبا ردها بحصة العيب من الثمن هذا كلامه ثم يشكل بما ذكر في الكافي في باب المرابحة من قوله
لو اشترى امة فاعورت عنده او وطئها وهي ثيب باعها مرابحة بلا بيان لان جميع ما يقابله
الثمن قايم اذ الفايت وصف فلا يقابله شيء من الثمن اذا فات بلا صنع احد ومعنى الامانة بالصدق
وهو صادق اذا بقي ما يقابله الثمن هذا كلامه فلم يجعل ههنا بمقابلة الوصف شيئا من الثمن بعد
القبض ايضا فالفرق بين مسئلة المرابحة ومسئلة الاقالة بالاقل من حيث انه لم يجعل بمقابلة
الوصف شيئا من الثمن في المرابحة حتى جوزها بلا بيان وجعل شيئا منه بمقابلة الوصف بيد
المشتري في مسئلة الاقالة مشكل قوله لان الاقالة لا يبطل بالشرط الفاسد الخ وهذا
يويد قول ابي حنيفة رضي الله عنه انها فسخ اذ لو كانت بيعا لبطلت بالشروط الفاسدة كالبيع
كذا في الكافي وفيه نظر لان هذا انما يويده اذ لو كان عدم بطلانها بالشروط الفاسدة
متفقا عليه وليس كذلك فقد ذكر الشارح ان هذا الذي ذكر بانها لا تبطل بالشروط الفاسدة
قول ابي حنيفة رضي الله عنه واما عند ابي يوسف رحمه الله فيبطل بها لانها بيع فيفسد كساير البياعات
فكان الاختلاف في بطلانها بالشرط مختلفا فيه بناء على اختلافهم في انها بيع او فسخ

فلا يكون عدم بطلانها بالشروط الفاسدة عند ابي حنيفة رضي الله عنه بناء على انها فسخ
عنده مويدا لقوله والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وكذا عند ابي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان
البيع قلت ذكر في شرح الزيادات انه لو تقايلا البيع جاز بيعه اي بيع البايع من
بايعه باقل مما اشترى منه قبل القبض كانت الاقالة او بعده اما بعد القبض فلان الاقالة
كالبيع الجديد وفي البيع الجديد البيع باقل جايز وقبل القبض بيع ايضا لكنه فاسد
فيوجب ملكا جديدا عند القبض فافاد جواز البيع فعلم ان الاقالة قبل القبض ليس بفسخ من كل
وجه بل هو بيع جديد في حق الثالث قوله وهو قايم بالمبيع وذلك الثمن فان قلت من
اين وقع هذا التفاوت بينهما وهما لا يشترط ذكرهما في انعقاد البيع على السواء قلت
لان للمبيع مزية فانه مال حقيقة وحكما والثمن دين والدين مال حكما فلا بد من مزية وقد تعذر
في حق الانعقاد لانه لا بد له من ثمن ومثمن فاظهرناه في حق البقاء فجعلنا فساد العقد
مضافا الى قيام المبيع دون الثمن كذا في الشرح وفيه نظر لان مزية المبيع على الثمن قد ظهر في
حق الانعقاد ايضا اذ البيع لا ينعقد بدون ذكر المبيع اصلا وينعقد بدون ذكر الثمن وان كان
فاسدا والمسئلة مذكورة في كتاب الوصايا
لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة تعرف بالحرز والظن وجهالة الثمن يمنع جواز العقد وكذا
في الحاشية واليه اشير في الشرح وفي الحاشية الاخرى والاحتراز عن المجهول واجب لان
مبناهما على الامانة وفيه شبهة الخيانة وفيه نظر لما عرف انه لو ملك الثوب مثلا بميراث
او هبة او وصية فقدم قيمته ثم باعه على القيمة جاز بيعه ان القيمة تعرف بالحرز وقد صح المرابحة
عليها وجوابه ان الامانة في بيع المشتري تولية او مرابحة ان لا تولية او لا مرابحة على اكثر مما
قام عليه فلا يصح بخلاف الموروث والموهوب فان الامانة فيه ان يرابح على اكثر مما قومه
المقومون فاذا رابح على ما قوموه به كان امينا قوله ولو كان المشتري مرابحة هذا في
المعنى استثناء من قوله ولا يصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل يعني الا اذا
كان المشتري وهو الذي يريد ان يشتريه ممن اشتراه بالعوض ما لكا لذلك البدل بوجه
من وجوه الملك فح يجوز ان يشتريه مرابحة اذا باعه منه المشتري الاول بذلك البدل وبربح
درهم او شيء من المكيل موصوف في الذمة ثم ليت شعري ما وجه تقييده بقوله موصوف
وانه كما جاز بشيء من المكيل موصوف جاز بشيء من المكيل معين ان المكيلات متعينة بالتعيين
والاشارة اذ لا منع من ان يشتريه بذلك البدل او بقفيز حنطة معين مشار اليه قوله
ممن ملكه ذلك البدل الظاهر انه خبر كان الذي يريد الشرا كاينا ممن يملك وقيل انه يتعلق
بالشرا او كانه جعل المشتري بمعنى البايع بقرينة قوله وقد باعه وكان تامة اي لو وجد البايع ممن

يملك

يملك الى اخره قوله لانه يقدر على الوفاء بما التزم وهو المحافظة على الامانة والاحتراز
عن شبهة الخيانة قوله وان باعه عطف على ما هو المفهوم من قوله وقد باعه اي انما يجوز
ان يبيعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل اذا باعه منه بذلك البدل والتي من المكيل والموزون
وان باعه بربح ده ياز ده بان يكون للبايع بمقابلة كل عشرة من قيمته احد عشر لم يجز لانه
في الحقيقة بيع منه بذلك البدل وبعشر قيمته وانه مجهول قوله لانه ليس من ذوات الامثال
وقيمة ده ياز ده انما تتصور في ذوات الامثال والعرض ليس منها فلا بد من اعتبار قيمته
فيكون بيعا بذلك العرض وبعشر قيمته قوله لان الصبغ واخواته فيزيد في العين يشير
الى ان القصارة ايضا تزيد في العين وذلك فيما اذا قصر مما يتخذ من الحنطة والنشاستج ونحوه
ظاهر واما اذا قصره بنحو الحرض مما لا ينفي اثره في العين فينبغي ان يكون مما يزيد في العين لانه
لا يزيد في العين شيا حتى يكون للقصار ان يحبسه للاجرة وجوابه ان الامانة في بيع المشتري
تولية او مرابحة ان لا يولية ولا يرابحه على اكثر مما قام عليه وفي المرابحة على قيمة الثمن شبهة
المرابحة على اكثر مما قام عليه فلا يصح بخلاف الموذون فان الامانة فيه لا يرابح على اكثر مما قومه
المقومون فاذا رابح على ما قوموه به كان امينا قوله بخلاف اجر الراعي وكذا من الحفظ
لانه لا يزيد في العين والمعنى في الكافي ولان اجر الراعي للحفظ كاجر بيت يحفظ فيه الغنم وهذا
مشكل لما سياتيك في كتاب الرهن ان اجر بيت يحفظ فيه الرهن واجر الحافظ على المرتهن
واجرة راعيه وبقية الرهن والاصل ان كل ما يرجع الى البناء هو على الراهن مثل النفقة
في ماكله ومشربه واجر الراعي لانه محتاج ولعلف الحيوان فهو كالطعام وما يرجع الى
حفظه وهو على المرتهن مثل اجر الحافظ لان الحفظ واجب عليه والامساك حق له فيكون مونته
عليه وكذا اجر البيت الذي يحفظ فيه الرهن في الروايات المنقولة لان الحفظ على المرتهن
ولا يتاتى الحفظ الا في منزل فمونة ذلك تكون على المرتهن وهذا لانه في الحفظ عامل لنفسه
لانه يقصد اصحاب الرهن فعن ابي يوسف رحمه الله ان كرى الماوي على الراهن لكونه يحتاج
بنفسه هذا لفظ الكافي بعد الحق اجر الراعي لعلف الحيوان وجعله كالطعام في ذمة الراهن
وجعله هنا للحفظ رابحة باجر بيت الذي يحفظ فيه الغنم واجرة الحافظ فلم ينضم الى راس
المال بان يعتبر اجر الراعي كعلف الحيوان من حيث انه سبب لعلفه حيث يذهب بالغنم
الى المرعى ويملكها من الاعتلاف كما ذكر في الرهن وجب ان ينضم الى راس المال في المرابحة
والتولية وان اعتبر اجر التحفظ كاجر الحافظ والماوي يجب ان يكون على المرتهن عما يكون اجر
الحافظ عليه كذا اجر الماوي في الروايات المشهورة وجوابه ان الراعي انما يستحق الاجر باعتبار
الحفظ ونسبه لعلف البهيمة جميعا غير ان الحفظ تابع والمقصود هو سببه للاعتلاف من حيث
ان نسبه بالاعتلاف هو المقصد الاصلي الحقنا اجر الراعي بالعلف واوجبناه على الراهن

ترجيحا للمقصود على البايع ومن حيث ان الحفظ ايضا واجب عليه وان لم يكن مقصودا لم يضم
اجره الى راس المال في المرابحة والتولية لان مبناهما على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة ولا اقل هنا
من سببه كثبوت الاجر عقابلة الحفظ فاعتبرناه في حقهما باجر الحافظ وبالطعام في حق اللزوم
على الراعي لانه الراجح والله اعلم بالصواب قوله وبخلاف اجرة المعلم لان ثبوت
الزيادة لمعنى فيه وهو ذهنه وفيه بحث لان اجرة حمل الطعام تنضم الى راس المال لما ان الحمل
يزيد في القيمة اذ هي تختلف باختلاف المكان مع ان ازدياد القيمة انما يكون بسبب رغبات
للناس وقلة الاعيان لا بالحمل قوله لانه يتاكد بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب
فان قلت فما تقول فيما اذا اشترط البراءة من كل عيب وامتنع الرد بحدوث عيب لان الشافعي لا يجوزه
فيحتمل ان يراجع الامر الى قاضي شافعي فيحكم لصحة الرد وفيما اذا حدث عيب في يد المشتري ان كان
يمتنع الرد فهو يرجع بالنقصان فاما اذا باع من بايعه فيقطع ولاية الرجوع ايضا فيحصل التاكيد
بشرا البايع لا بحدوث العيب في يد المشتري ثم التحقيق ان الظهور على العيب ليس بسبب
متعين لرد العقد لجواز ان يبطل العقد بسبب اخر من الاسباب فيبطل الربح بثبوته ما ذكر
في المحيط بقوله انه لو باع اولا وربح كان الربح على شرف السقوط بان يرد بالعيب او يبطل
العقد بسبب من الاسباب فلما اشتراه منه بعد ذلك تاكد الربح فالتاكيد اثبات من وجه
الى اخر ما ذكر فالمصنف رحمه الله ذكر الظهور على العيب على وجه التمثيل على انه هو المتعين
بفسخ العقد او الكلام على حذف المعطوف اي بالظهور على عيب او سبب اخر كالتحالف والاقالة قوله
فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فان قيل فينبغي ان لا يجوز الشرا بالعشرة فيما اذا باعه بالعشرين
لانه يصير كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة وكان فيه شبهة الربوا قلنا التاكيد شبهة بالايجاب
في حق العباد لا في حق الشرع وجواز المرابحة لمعنى يرجع الى العباد فيوثر التاكيد فيه واما
جواز البيع وعدمه في شبهة الربوا لحق الشرع فلا يكون للتاكيد فيه شبه الايجاب كذا نقل
من فوايد الامام مولانا حميد الدين رحمه الله كذا في الشرح ولكن هذا يخالف ما ذكر المص
في باب الاحرام حيث قال اذا اصاب محرم صيدا فقتله محرم اخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاه
اما الاخذ فلانه متعرض للصيد الامن والقاتل مقرر لذلك كشهود الطلاق قبل الدخول
اذا رجعوا فقد جعل للتاكيد حكم الايجاب في حق الشرع لان ضمان الصيد على المحرم واجب لحق
الشرع ثم قد يجاب ان هذه الشبهة مهدرة في حق الربوا بعد نقد الثمن اجماعا لان الشرا
ما باع باقل مما باع بعد نقد الثمن جايز اجماعا ولا اجماع في عدم اعتباره في حق المرابحة فبقي معتبرا قوله
لان التاكيد حصل بفعل غيره وفيه بحث للقطع بان احتمال الرد بالعيب على البايع لا ينقطع ببيع المشتري
من غيره لجواز ان يرد المشتري الثاني الى المشتري الاول بالعيب بقضا القاضي ثم يرد المشتري الاول
على بايعه ويرجع بالثمن فلا يكون التاكيد حاصلا بفعل غيره بل بشرا البايع الاول لحلل هنا كل

ثالثا ولا

ثالثا ولان التاكيد انما حصل بانقطاع احتمال الرد وهو باق عند تخلل الثالث ايضا
وانما ينقطع بشرا البايع الاول فيكون التاكيد بشرايه لا بتخلل الثالث وغاية ما يمكن
ان يقال بتخلل الثالث ان كان لا يقطع احتمال الرد واسا فلا نسلم انه به يتنزل شبهة سقوط
الثمن الى شبهة الشبهة لاحتمال ان المشتري الثاني لا يرده على الاول بالعيب ولو رده فالاول يحتمل
ان لا يخاصم بايعه بالعيب ولا يرده اليه والنازل عن الشبهة غير معتبر قوله فاعتبر البيع الثاني
عدما في حق نصف الربح الذي هو حصة رب المال لانه لا يستفيد بهذا التصرف الا ولاية التصرف
وفيما وراه هو في حكم العدم واما الذي يستحقه المضارب فلا شبهة فيه اصلا ولقايل ان يقول
لما كان في هذا البيع شبهة العدم من حيث انه شرا ماله بماله وانه بيع الوكيل مال الموكل من
نفسه لا بد وان يكون شبهة عدم الربح في النصفين جميعا اذ الربح بنا على العقد لكان ما يصيب
المضارب من الربح كالتبرع من قبل رب المال فيجب ان يعتبر تبرعا في بيع المرابحة الحاقا
للشبهة بالحقيقة وجوابه سلمنا ان في نصيب المضارب شبهة التبرع لكن هذا تبرع يتوقف عليه
سلامة المبيع للمشتري فيلتحق بالثمن قوله لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فان قيل
الاجل وصف يقال ثمن مؤجل وقد وجب بيان الاجل على ما ياتي قلنا ان الاجل وان كان
وصفا لكن له قسط من الثمن على ما ياتي كذا في الشرح ولكن ذكر المصنف في التحالف
ان الاجل ليس بوصف لان الثمن على ما ياتي موجود بعد مضيه ولان الثمن حق البايع والاجل
حق المشتري ولو كان وصف الثمن لكان حق البايع ولكن اذا اختلفا في الاجل لا يتحالفان
ولو اختلفا في وصف الثمن كالبخاري مثلا يتحالفان فلا اشكال ثم هنا بحث وذلك لما مر
ان الاوصاف يقابلها شيء من الثمن بعد القبض وان كان لا يقابلها شيء منه قبل القبض الا يرى
انه لو امال البيع بخمسمائة بعد ما تعيب في يد المشتري وقد باعه بالف تصحت الاقالة وتجعل المحطوط
بمقابلة الوصف اذ الاوصاف يقابلها شيء من الثمن بعد القبض وبالجملة ان الوصف ان يقابله
شيء من الثمن بعد القبض كما نص عليه في الكافي وجب ان لا تصح المرابحة بلا بيان اذا اعورت
الامة المشتراة عند المشتري والا وجب ان لا تصح الاقالة بعد التعيب باقل مما باع وقد صح
والله اعلم بالصواب قوله ولهذا لو ماتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن مشكل بما ذكر
في الكافي ان الوصف لا قسط له من الثمن قبل القبض وهو ياخذ قسطا اذا صار مقصودا بالاتلاف
عند قبض المشتري حتى لو اشترى عبدا فوجد به عيبا فصالح من عيبه على امة قبل القبض لم
تكن الامة عوضا عن العيب بل زيادة على الاصل المبيع حتى كان الثمن على العبد والامة على
قدر قيمتها حتى لو وجد باحدهما عيبا رده بحصته من الثمن ولو كان الصلح بعد القبض
كانت الامة عوضا عن العيب حتى لو وجد بها عيبا رده بحصته العيب من الثمن فعلم بهذا
لا يصح قياس ما بعد القبض على ما قبله قوله فعلم فان شاء رده وان شاء قبل وذكر

في المحيط ثم في الاجل المشروط اذا باعه من غير بيان وعلم به المشتري فله الخيار ان شاء رضي به
وامسكه ذكر المسئلة في الاصل والجامع الصغير وهي رواية فيمن اشترى شيئا مساوما د
مغبونا فيه غبنا فاحشا له ان يرد على البايع بحكم الغبن اليه اشار محمد في كتاب الصلح و
كان القاضي علي النسفي يحكي عن استاذه انه كان يقول في المسئلة روايتان عن اصحابنا وكان
يفتي برواية الرد رفقا بالناس فكان القاضي الامام صدر الاسلام ابو اليسر والامام ركن الاسلام
ابو بكر والقاضي الامام جمال الدين رحمهم الله يفتون ان البايع ان كان قال له قيمة متاعي كذا
او متاعي يساوي كذا فاشترى بنا على ذلك ثم ظهر بخلافه كان له ان يرده بحكم الغرور اما
اذا لم يقل له ذلك فليس له الرد وغيرهم كانوا لا يفتون بالرد على كل حال والصحيح
ان يفتي بالرد اذا وجد التغرير وبدونه لا يفتي كذا في الشرح وذكر المصنف رحمه الله في
باب دعوى الغلط في القسمة انه لا معتبر بالغبن في البيع حيث قال ولو اختلفا في التقويم
لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي هذا كلامه
ومسئلة المرابحة لا تصلح رواية لان الرد فيها باعتبار شبهة الخيانة لا باعتبار الغبن قوله
لان الاجل يشبهها بالمبيع الا يرى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل فان قلت قد يزاد في الثمن
لاجل الوصف ايضا اجيب بان الوصف وان زيد في الثمن الا انه لا يحتمل ان يجعل بمقابلته شيء
من الثمن لان الوصف يتبع الذات فلو قسم الثمن عليهما لزاحم المبيع الاصل والاجل ليس بوصف
للمبيع فلو قسم الثمن عليه وعلى المبيع جملة لا يلزم مزاحمة البيع الاصل كذا ذكر في بعض الشروح وفيه
نظر لان الثمن وان كان لا يصح ان يقسم على الوصف لئلا يزاحم البيع الاصل فلا مانع من شبهة الانقسام
باعتبار انه يزاد في الثمن لاجل الوصف وذلك يكفي لعدم جواز المرابحة الا بالبيان الا يرى انه لا يرابح
بلا بيان الاجل مع ان الثمن لا ينقسم على المبيع والاجل جميعا بل الكل بمقابلة المبيع وليس له بالنسبة
الى الاجل الا شبهة الانقسام حتى ملك المبيع في يد المشتري فرابحه ثم ظهر انه كان قد اشتراه مؤجلا لزم
الثمن بكماله ولا ينتقص بمقابلة الاجل شيء قوله ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس
فان قلت ما وجه الفرق بين البيع بالرقم وبيع الصبرة بالصبرة في زيادة من حيث انه لو علم
بالرقم في المجلس ينقلب جائزا على رواية الكتاب وان كيلت الصبرتان بعدما تبايعا في زيادة
فكانا متساويين انه لا ينقلب جائزا اذا كيلتا بعد الافتراق اما اذا في الكيل لم يخرج ان احتمال
الفضل لا يبقى بعد ظهور التساوي فيهما في الكيل اجيب بان ذكرنا ثم في اول الصرف نقلا عن
شرح الطحاوي ان العقد فيما اذا بيعت الصبرتان مجازفة فكيلتا فكانا متساويين
انما لا ينقلب جائزا مطلقا تمسكا باطلاق ما نقله ابن رضي الله عنه عن المبسوط في باب الربوا بقوله
وان تبايعا صبرة بصبرة وكيلتا بعد ذلك وكانا متساويين ولم يعلم ذلك عند العقد فالفرق ان الفساد
في البيع بالرقم انما هو باعتبار جهالة الثمن وهي لو قيل تتبين لعدم ذكره بالاحلام في

المجلس

المجلس فينقلب جايزا اما الفساد في بيع الحلي مجازفة فباعتبار توهم الفضل والموهوم كالمتحقق
فيما بني على الاحتياط فيصير كان الفضل كان متحققا ثم ارتفع بالكيل وعنده لا ينقلب جايزا لحكم
الفساد في صلب العقد كذا هذا فصل قوله ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار
الهلاك وفيه بحث اما اولا فلان القبض في البيع يتعجل فيندر هلاكه قبله فلا يكون فيه غرر الانفساخ
على اعتبار الهلاك لان الهلاك في مثل هذه المدة نادر فصار كالعقار غير ان الهلاك في العقار
نادر في ذاته وفي المنقول نادر في مثل هذه المدة الا يرى انه لو باع ما لا يعرف مقداره
يجوز لما ان التسليم يتعجل في البيع فيندر هلاكه قبله فلا يفضي الى المنازعة على اعتبار الهلاك
فكما يجوز البيع بما لا يعرف مقداره باعتبار ان التسليم يتعجل والهلاك في مثل هذه المدة نادر
ينبغي ان يجوز المنقول قبل القبض بهذا الاعتبار ايضا وجوابه ان النهي وهو انه عليه السلام
نهى عن بيع ما لم يقبض بعمومه يقتضي فساد بيع المنقول وغيره لكن خص بذلك بيع المهر وبدل الخلع
والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد لاجماعنا على جواز التصرف قبل القبض فيها والعام
الذي خص يجوز تخصيصه بالقياس على الفرد المخصوص بتعليل المخصوص وقد عللناه بعدم الغرر
فخصصنا العقار ايضا اذ لا غرر فيه اذ الغرر انما يلزم على اعتبار الهلاك وهو
في العقار نادر لا سيما في مدة التسليم بحكم البيع فصار كانه لا يحتمل الهلاك اصلا فيكون بيعه
لا يحتمل الهلاك اصلا فيكون بيعه قبل القبض كبيع الصداق قبله واما المنقول فلا يمكن
قياسه على الصداق ونحوه لان الهلاك فيه ان كان يندر في مدة التسليم فهو لا يندر في ذاته
فلا يكون في معنى الصداق الذي لا غرر فيه بوجه فلو خصصنا بالراي لزم التخصيص لا بالقياس
على الفرد المخصوص وذلك باطل فيبقى تحت عموم النهي بخلاف البيع بما لا يعرف لا يعرف مقداره
فان قوله تعالى احل الله البيع بعمومه يقتضي جواز البيع لكنا خصصنا منه البيع بما يفضي
الى المنازعة كالبيع الى الاجارة المجهولة او بثمن مجهول والبيع بما لا يعرف مقداره لا يفضي
الى المنازعة فيبقى لان الهلاك فيه نادر فلا يمكن قياسه على ما يفضي الى المنازعة فيبقى داخلا
في عموم النص واما ثانيا فلانه لو اشترى عينا من رجل بدراهم وتقابضا ثم تقايلا ثم باعه من ٢
المشتري قبل القبض بحكم الاقالة جاز مع ان فيه غرر الانفساخ لجواز ان ينفسخ
الاقالة بهلاك المبيع قبل قبضه بحكم الشرا الثاني اذ لا بد من تجديد القبض حيث لا ينوب قبض
المشتري عن قبض الشرا الثاني لان المبيع في يده بعد الاقالة لان المبيع في يده بعد الاقالة مضمون
بغيره وهو الثمن فلا ينوب عن قبض الشرا بخلاف قبض الغصب والحاصل ان كل قبض لا يكون
لا يكون مضمونا بنفسه وهو القيمة ينوب عنه هكذا ذكر في الكافي في باب الاقالة ومتفرقات
البيوع ايضا واذا كان المشتري محتاجا الى تجديد القبض فيما اذا اشترى بعد الاقالة وجب
ان لا يجوز شراوه لان فيه من غرر الانفساخ على اعتبار الهلاك قبل تجديد القبض

فان قلت ذكر في حاشية الكنز في اول الاقالة ان البايع اذا باع المشترى بعد الاقالة قبل
التسليم صح فلا يحتاج الى تجديد القبض هو سهو من الكاتب لما ذكرنا في الكافي ان القبض
المضمون بغيره لا ينوب عن قبض الشرا والصواب ويحتاج المشترى الى تجديد القبض و هكذا
ذكر في بعض النسخ وفي الذخيرة اشترى عبدا فتقابضا ثم تقايلا ثم اشتراه ثانيا من البايع
قبل ان يسلمه اليه حتى صح الشرى لا يصير المشترى قابضا بنفس الشرى حتى لو هلك قبل
ان يجدد المشترى قبضا يهلك بالعقد الاول و يبطل الاقالة والبيع الثاني لان المبيع بعد الاقالة
مضمون بالثمن حتى لو هلك في يد المشترى لزمه الثمن ومثل هذا القبض لا ينوب عن قبض
الشرى هذا كلامه ثم ذكر في المنتقى رواية مجهولة رجل اشترى من رجل عبدا وقبضه ثم
اقال البيع ثم باعه من الذي هو في يده قبل ان يقبضه فالبيع باطل ولكن هذا خلاف
المختار من الرواية التي اشار اليه محمد رحمه الله في بيوع الجامع واما ثانيا فلان عدم انفساخ
العقد على اعتبار هلاك المبيع قبل التسليم الى المشترى مما لا يمكن الاحتراز عنه كما في بيع
الاولى فيه هذا الغرور ومنه غير معتبر كما فيه من سرايات التناقضات فلو قال ولان فيه غرر ان
يظهر في الاخرة انه باع ملك غيره سلم عن هذا الاعتراض فكانه اراد بغرر الانفساخ غرر
انفساخ الاول ولكن بهذا الغرر عن غرر ان يظهر في الاخرة انه باع ملك غيره لان غرر انفساخ العقد
الاول على اعتبار الهلاك يلزم غرر ان يظهر في الاخرة انه باع ملك غيره فكنى به عنه والنكتة
في العدول عن التصريح الى الكناية البينة على العلة فان مقدار غرر ان يظهر في الاخرة انه باع
ملك غيره انه هو غرر انفساخ العقد الاول ثم اعترض الشارح هنا بان غرر الانفساخ
بعد القبض متوهم ايضا على تقدير ظهور الاستحقاق و بان العقار يتوهم فيه انفساخ العقد
بالرد بالعيب واجاب عن الاول بانا لو قلنا به لزم انسداد باب البيع اذ ما من بيع الا وفيه غرر
الانفساخ بظهور الاستحقاق وعن الثاني انه متى جاز فيه البيع يصير ملكا للمشترى و يتمكن
المشترى الاول من الرد فلا يتوهم الانفساخ به وجاز ان يقول في الجواب بان المفسد من الغرر
انما هو غرر الانفساخ لا غرر الفسخ والغرر على اعتبار الاستحقاق غرر الفسخ لان القضا
باستحقاق المبيع من المشترى لا يوجب انفساخ العقد ولكن يوجب دفعه على اجازة
المستحق الان للمشترى ان يرافع الامر الى القاضي حتى يفسخه ويلزم الثمن على البايع او يصير
حتى يجيز المستحق فيه غرر الفسخ وهو غير مفسد اجماعا اذ البيع بشرط الخيار جائز بالاجماع
وفيه غرر الفسخ وقد اجيب في الحاشية بان الاستحقاق خلاف الاصل لان الاصل ان يبيع
ملكه لا ملك غيره وهو ضعيف لما ان عدم الهلاك ايضا اصل اذ الظاهر في كل ما يتعاوده
قوله وقال محمد لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث وتعاطي الحديث ليس بمطلق فقد صح
بيع الصداق وبدل الصلح عن دم العمد وبدل العتق وبدل الخلع قبل القبض اجماعا فهو اذن

عام لا يمكن

عام لا يمكن اجراوه حتى يحمل على الاخص بل هو عام خص عنه ما ذكرنا مما ليس فيه غرر انفساخ
العقد على اعتبار الهلاك ولا يمكن فيه الحاق العقار به لقيام غرر الانفساخ فيه على اعتبار
الهلاك فان العقار اذا هلك قبل التسليم الى المشترى انفسخ العقد اجماعا فيبقى تحت العام
والعام المخصوص عنه البعض حجة فيما بقي فيه من الافراد والفرق بين العام الذي لا يمكن اجراوه
على العموم والعام الذي خص عنه البعض يذكر في اول الكتاب فعليك به قوله واعتبارا بالمنقول
وهذا لان البيع لم يشرع الا بالقدرة على التسليم وذا يكون باليد ولا بد للمشترى على المبيع
قبل القبض كذا في الكافي وفيه نظر لان تمكن المشترى من تسليم المبيع قبل ان يقبضه
من بايعه الى مشتريه ليس باقل من تمكن المالك من تسليم المغصوب الى المشترى منه اذا كانت له
بينة عادلة او اقرار من الغاصب يعني بعد تسليم الثمن الى البايع وبيع المالك والمبيع في يد الغاصب
جائز اذا كانت له بينة عادلة واقرار من الغاصب فكذا بيع المشترى قبل القبض ولانا قد ذكرنا
ان بيع الصداق ونحوه مما عددناه جائز قبل القبض اجماعا ولا يد هناك للبايع على المبيع
حقيقة قوله لان الهلاك في العقار نادر وما روى ان النبي عليه السلام نهى عن بيع
ما لم يقبض خص عنه مواضع فيخص العقار بهذا الدليل ذكر في المبسوط والحديث عام دخله
الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض فيجوز تخصيصه بالقياس
فيحمل على المنقول والدليل عليه ان حق الشفعة يثبت قبل القبض والشفيع يتملك بالشفعة فلو كان
قبل القبض فلا يحتمل التمليك بدلا لما ثبت حق الاخذ قبل القبض كذا في الشرح وفيه نظر
لما عرف ان الشفيع انما يتملك الشفعة قبل القبض بطريق تحول الصفقة من المشترى اليه فيصير
هو كالمشترى من البايع ولهذا يرجع بالعهدة على البايع دون المشترى فلم يكن من قبيل تملك
العقار من المالك قبل قبضه من بايعه وهو ظاهر قوله والغرر المنهي غرر انفساخ العقد والحديث
معلول به وقد يشكل بان المصنف رحمه الله اراد انفساخ البيع قبل القبض عن الغرر هنا وقد غفل
العاقد في غير موضع ببيع المبيع قبل القبض ولا غرر هناك منها ما ذكر في السلم حيث قال
فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشترى من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه كله لانه اخذ
شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه هذا كلامه ولا يخفى انه لا غرر في التصرف في راس المال
بان اشترى به شيئا اما اذا كان من الاثمان فظاهر لانها لا تتعين وكذا اذا كان عرضا لان
الاقالة في السلم لا تحتمل الانفساخ حتى يظهر انه تصرف في ملك غيره ومنها ما ذكر في الصرف حيث قال
ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة
حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان الثمن في باب الصرف مبيع وبيع المبيع قبل القبض
لا يجوز فقد علل فساد بيع الثوب ببدل الصرف لانه بيع المبيع قبل القبض ولا غرر هنا اصلا
لان الدراهم لا تتعين في البيع بل ينصرف الى مثلها قوله والغرر المنهي هو غرر انفساخ العقد

قلت بل الغرر المنهي عنه مطلق الغرر لما روي انه عليه السلام نهى عن بيع وغرر وانه باطلاقه يتناول
كل الغرر حتى لم يجز بيع الجنين وبيع اللبن في الضرع لما فيه من الغرر في وجود المبيع وانه ليس بغرر
انفساخ العقد فكان المراد والغرر المنهي ما روي انه نهى عن بيع ما لم يقبض هو غرر انفساخ
العقد اذ الحديث معلول بهذا الغرر فكان المنهي هو غرر الانفساخ في لا بيع ما لم يقبض من حيث
انه غير مقبوض اذ المعتبر هو المعنى المفهوم من النص ومن ظاهره فكانه روي انه عليه السلام نهى
عن بيع فيه غرر الانفساخ فلا يتناول العقار بمعناه وانه يتناول بظاهره والاعتبار
للمعنى فكان المقصود من قوله والغرر الى قوله والحديث معلول به هو الجواز عن محمد رحمه الله باطلاقه
وحاصله ان النص وان تناول العقار بظاهره فهو لا يتناوله بمعناه المعلول هو الاعتبار
للمعنى دون الظاهر ولكن في العقار نوع بعد والاظهر في هذا المقصود ان يقال والمنهي هنا
هو غرر الانفساخ فيه لتذره هلاكه سيما في هذه العلة قوله والحديث معلول به لا يخفى
ان هذه العلة ليست بمنصوصة حتى يجوز به ترك موجب العبارة بها بل هي اجتهادية وترك
موجب النص باعتبار الاجتهاد لا يجوز قوله عملا بدلائل الجواز الاضافة للجنس اي
بدليل الجواز هو القياس على ما يجوز التصرف فيه قبل قبضه من الفراق ونحو او نقول بمعناه
لما كان الحديث معلولا بغرر انفساخ العقد كان المنهي هو المبيع مع غرر الانفساخ فلا يتناول
العقار بمعناه وان يتناوله بالصورة واذا لم يتناوله لم يجز معه عملا بدلائل الجواز اعني قوله تعالى
واحل الله البيع وغيره من النصوص والآثار الدالة على جواز البيع مطلقا قوله ولو سلم انه لا يجوز
بلا خلاف وهو الصحيح فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر فلا يجوز اجارتها
قبل القبض لان اجارة المنافع فلا يخلو عن غرر الانفساخ بهلاك المنافع فلو اعتبر هذا الغرر
لا ستد بابها وصح ان المعتبر هو الغرر الانفساخ فيعني ان نظير في الاجرة انه باع ملك غيره
والمنافع وان كان لا يتعذر هلاكها فبالهلاك لا نظير انه اجر ملك غيره بل ينفسخ العقد واحتمال
الانفساخ بالهلاك لا يوجب بطلان التصرف كما لو اجر ما في يده من ملكه الخاص فانه يحتمل
الانفساخ بهلاك المعقود عليه ولكن لما لم يظهر هناك بالهلاك انه تصرف في ملك غيره لا يفسد
ما باشره من البيع والاجارة فظهر ان اجارة العقار قبل القبض كاجارة المنقول وبيعه
بعد القبض هذا وقد ذكر في بعض الحواشي منقولا من نسخة خراسان ان قوله ولو سلم
الى آخره وكان وجه ترك المصنف رحمه الله هذا القول في الكتاب هو ما ذكرنا من البحث والله
اعلم قوله ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة قال الشارح قيد بالاشتراء لانه
اذا ملك مكيلا او موزونا بهبة او ميراث او وصية جاز لمن ملكه ان يتصرف قبل القبض وقبل
الكيل وقيد بكونه مكايلة او موازنة لانه اذا باع المكيل او الموزون مجازفة جاز التصرف فيه
قبل القبض وقبل الكيل بالبيع او بالاكل او بغيرهما قلت كانه اراد بقوله قبل القبض قبل تمام

القبض

القبض اذ القبض في المكيلات انما يتم بالكيل وقوله الكيل عطف على تفسيري والا فلا يتصور التصرف
فيما ملك بالهبة قبل القبض اذ الهبة لا تملك وقبله ولان التصرف في المبيع قبله غير جائز فكيف
يجوز التصرف فيه بالبيع قبل القبض قوله يزيد اي يزداد فالزيادة آخرون كردن وافزون
شدن يتعدى ولا يتعدى قوله والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه فان قلت ولو استقرض
حنطة على انها عشرة اقفزة كان له ان يتصرف فيها قبل الكيل مع ان الزيادة هناك ايضا للمقرض
والتصرف في مال الغير حرام اجيب بان القرض عقد مسامحة فالتفاوت اليسير فيه لا يفضي
الى المنازعة فيجوز التصرف فيه قبل الكيل بخلاف البيع فانه عقد مضايقة فافترقا قوله
بخلاف ما اذا باع مجازفة لان الزيادة له ولكن الزيادة على القدر المبيع في المجازفة فان قلت
كيف يتصور الزيادة في فصل المجازفة وهي انما يتصور في مقدار معلوم اجيب
بان كون الزيادة للمشتري فيما يتصور الزيادة للمشتري يستلزم كون الكل له فذكر الملزوم واراد
اللازم فكانه قال لان الكل له ولا يحتاج الى الكيل لرد الزيادة الى البائع وفي الكافي
ويتصور الزيادة في المجازفة بان يكون لرجل طعام فاكتاله ثم باعه مجازفة واكتاله المشتري
فزاد على الكيل الاول فالزيادة للمشتري قوله لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو
الشرط قلت اطلاق البائع والمشتري عليهما انما يكون حقيقة في حال التبايع كما مر في اول
الكتاب من قوله والحديث الى قوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا محمول على خيار
القبول وفيه اي وفي الحديث اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها فانهما
بعدها متبايعان باعتبار ما كان وقبلهما فانهما متبايعان باعتبار ما يؤول وبما كان اسم البائع
حقيقة حالة المباشرة يجب ان يشترط الكيل حالة البائع ولا يكتفي بكيلهما قبل البيع ولا بعده
لانهما في هاتين الحالتين متبايعان مجازا لا حقيقة وجوابه ان اشتراط الكيل حالة المباشرة
لا يتعذر لانه لو كان البائع بعد الايجاب قبل القبول يبدل المجلس كما يبدل باختلاف المكان
يبدل بالاشتغال بفعل آخر اختيارا يبطل الايجاب فلا يترتب عليه القبول فلا يتحقق كيل
البائع فيجب اعتبار المجاز والترجيح لما بعد البيع لانهما بعده متبايعان باعتبار ما كان وباعتبار
بقاء حكم البيع حتى اعتبر من العقود الشرعية في حكم الجواهر لبقاء احكامها حتى يقبل الفسخ فاما
قبل البيع فلا وجه للمجاز الا اعتبار ما يؤول فكان اطلاق لفظ البائع بعد العقد احق من اطلاقه
عليه قبله والمجاز الراجح في حكم الحقيقة بالنسبة الى المرجوح هذا على ان جعلهما متبايعين حقيقة حالة
المباشرة في حيز المنع لما عرف من اتفاق العقلاء ان الآن في حال الوجود ليس بموجود فلا يطلق اسم
المتبايعين الا بعد التبايع نظرا الى بقاء حكم العقد وجعلهما كالجواهر والله اعلم قوله لان المبيع صار
معلوما بكيل واحد فيجاز ان يصير معلوما بكيل البائع بعد البيع بصير معلوما بالكيل قبل البيع بحضرة
المشتري ايضا وقد مر انه لا يعتبر بكيل البائع قبل البيع لانه ليس صاع البائع وبالجملة ان صاع

وترك النص باعتبار الاجتهاد لا يجوز

البايع اي يشترط لقطع وهم الزيادة وانه كما يشترط بكيله بعد ما باع يشترط بكيله قبل البيع ايضا
الا ان يقال انما لا يكتفي بالكيل قبل البيع لان البيع ما لم يتحقق فالمشتري ربما لا يهتم فيه والبايع
ربما يتساهل في الكيل فلا ينقطع وهم الزيادة بالكلية بخلاف ما بعد البيع اذ الكيل حينئذ يكون
باهتمام الطرفين عادة فينقطع وهم الزيادة بالكلية قوله ومحمل الحديث اجتماع اجتماع
الصفقتين بان اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه كرا من رجل وامر رب السلم ان يقبضه
له ثم لنفسه فعليه ان يكيله له ثم لنفسه لاجتماع الصفقتين احديهما بين المسلم اليه وبايع الكر
والثاني بينه وبين رب السلم ولا شك في بعد هذا المحمل والاولى ان يحمل الحديث على جريان
الصاعين بينهما حقيقة او حكما والصاع الحاصل بكيل البايع بعد البيع بحضرة المشتري لما كان
بانهما بمنزلة جعل كانه وجد منهما فتحقق صاعان حكما او اراد بجريان الصاعين باعتبارهما
قوله والتصرف في الثمن قبل القبض جائز وكذلك قبل الكيل والوزن فيما يكال ويوزن
سواء كان الثمن مما يتعين او لا يتعين من المكيلات والموزونات حتى لو باع شيئا مكيلا
او موزونا معينا بكر حنطة من غير كيل جاز ان يتصرف فيه قبل الكيل لان التصرف في الثمن قبل
القبض جائز فقبل الكيل اولى كذا في الشرح وذكر في بعض كتب الفقه ان الثمن اذا كان
دراهم او دنانير او مكيلا او موزونا قال ابو يوسف رحمه الله لا يتصرف فيه حتى يزنه او يكيله
في المجلس وكان وجهه ان الزيادة في المكيل والموزون اذا حصل تعيينه مكايلة او موازنة للمشتري
لما عرف ان القدر اصل وليس بوصف فيجوز التصرف للبايع قبل الكيل او الوزن لاحتمال
اختلاط الزيادة التي هي حق المشتري كما حرم التصرف في المكيل والموزون المبيعين مكايلة
او موازنة لتوهم اختلاط الزيادة التي هي حق البايع وما ذكر من ان التصرف في الثمن قبل
القبض جائز فقبل الكيل اولى قلنا هذه الجهة ان كانت لا توجب الحرمة لما ذكرنا ان الزيادة
في المقدرات لما كان يوجبها لا اقالة احترازا عن التصرف في خالص حق الغير قوله ويجوز
للمشتري ان يزيد للبايع في الثمن ويجوز للبايع ان يزيد للمشتري في المبيع ويجوز ان يحط من الثمن
خص الحط بالثمن وانه يشير الى انه لا يجوز الحط من المبيع ولكن المصنف رحمه الله قد اشار
في باب فصل التحالف الا ان الحط من المبيع بان باع عبدين بالف ثم يخرج احدهما عن العقد
ويجعل كل الالف بمقابلة الاخر جائز حيث قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا
عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن
كله بمقابلة القايم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان هذا لفظه يريد الا ان يرضى البايع ان
يخرج الهالك عن البيع ويجعل كل الثمن بمقابلة القايم فيتحالفان حيث يصير كان المبيع هو القايم
والثمن كله بمقابلته فيكون هذا اختلافا في قدر الثمن وكل المبيع قايم وفيه التحالف بالاتفاق
وفي هذا التوجيه اشارة ظاهرة الى جواز الحط عن المبيع قلنا تمت قوله وعند زفر

والشافعي

والشافعي رحمهما الله لا يصح على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة الا يرى ان الزيادة في
الصداق لا يلتحق باصل العقد حتى لا تتنصف بالطلاق قبل الدخول وحجتنا في ذلك قوله تعالى
ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة وذلك تنصيص على ان حكم الزيادة والفريضة
المفروضة كحكم المفروض في العقد الا انه قام الدليل على انه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول
الا ما تاكد في اصل النكاح بالنص وفيما سوى ذلك حكم الزيادة حكم الاصل كذا
في الشرح وذكر الشارح في النكاح نقلا عن الاسرار وشروح الجامع ان المعنى في عدم الا
لتحاق بالنكاح والالتحاق بغيره باصل العقد هو ان النكاح ليس بعقد معاينة ولا مرابحة فلا تمس
الحاجة على دفع الغبن فلا يلتحق باصله بخلاف البيع فانه عقد معاينة فيحتاج الى دفع الغبن ولا
ذلك الا بان يلتحق الحط باصل العقد هذا لفظه وهذا المعنى يقتضي ان لا يلتحق الحط والزيادة
باصل النكاح في جميع الاحكام وايضا الحط لا يلتحق باصل النكاح حتى لو حطت الا خمسة لم يكمل
لها عشرة اعتبارا بحال الابتداء ولو التحق لكمل ولو حطت النصف ولم يبق الباقي حتى طلقها لم ينتصف
الباقي اعتبارا بالابتداء فعلم ان الحط غير ملتحق باصل النكاح والحط والزيادة لا يتغيران في
حكم الالتحاق قوله ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير يشكل بان الحط عن
بعض الثمن لا يصح من العبد الماذون مع انه يملك رفع البيع فلو كان الحط تغيير العقد من وصف
الى وصف وتملكه الرفع لصح من العبد الماذون ايضا ولئن قيل ان مالك الرفع انما يملك التغيير
اذا لم يمنع من التغيير مانع وقد وجد المانع هنا اذا كان العاقد عبدا ماذونا وهو تعلق حق المولى
قلنا المانع يتحقق في حق الرفع ايضا وهو ما ذكر الخصم من ان ملكه يصير عوض ملكه في صورة زيادة
الثمن ويبقى بعض المبيع بلا عوض في صورة الحط قوله اذا صح يلتحق باصل العقد فان قلت
الالتحاق بطريق الاستناد وما هذا شانه يثبت ثم يستند وقد تعذر هنا الثبوت لانه يصير
ملكه عوض ملكه قلت ينفسخ البيع في حق تصحيح الزيادة كذا في الشاهان وفيه نظر لانه لو انفسخ
في حق تصحيح الزيادة لصحت الزيادة على سبيل الاقتصار اذ لا ضرورة الى الاستناد و
وقد قال ان الالتحاق هنا بطريق الاستناد ولانه ذكر في الكتاب ان الزيادة تغيير للعقد من
وصف مشروع فلو كان تصحيح الزيادة بفسخ العقد لكانت الزيادة ابطالا للعقد الاول وانشاء
عقد اخر لا تغييرا له من وصف الى وصف ولان الزيادة من الاجنبي جائز وهو لا يمكن من فسخ
العقد وايضا لو اشترى عبدا فقبضه ثم باعه من اخر بمائة دينار وتقابضا ثم المشتري الاخر زاد في
الثمن دينارا ودفع الزيادة الى البايع ثم وجد بالعبد عيبا فرده بالقضاء على بايعه كان
للمشتري الاول ان يرده الى بايعه لان المبيع عاد الى قديم ملكه وان كان المشتري الاخر يزيد في الثمن و
جدد العقد بالفي درهم صح وانتقض البيع الاول بالاقتضاء كانهما تقايلا ثم تعاقدا فان وجد المشتري
الاخر بالعبد عيبا فرده لم يكن لبايعه ان يرد على بايعه الاول لان بهذا الرد لا يعود اليه قديم

ملكه بحكم العقد الاول لما ان الاقالة عقد جديد في حق الثالث وللبايع الاول بخلاف الزيادة لانها
لا توجب فسخ العقد الاول على اصح الاقوال لان الزيادة تصرف في وصف العقد والتصرف في وصف
الشيء تقرير لاصله فعاد الى المشتري الاول قديم ملكه كذا في المحيط فلو كانت الزيادة فسخا لتجديد
العقد لكان الجواب فيهما واحدا وبالجملة القول بان الزيادة فسخ قول غير صحيح لا يكاد يستقيم
ما في الكتاب بالتزامه على ما ذكرنا فالاولى ان تقال عرضة ملكه بملكه انما يبطل اذا لم يتضمن فائدة
اما اذا لم يتضمن فلا يبطل بالنظر الى حصول ملكه الفائدة كما لو اشترى عبده مع عبد غيره يدخل
عبده في الشرى ايضا لما فيه من فائدة تقسيم الثمن عليهما وهنا ان كان يلزم ان يكون ملك
الشخص عوض ملكه بثبوت العوضية للحال فهو يتضمن فائدة الاستناد باصل العقد فلا بد من اثباته
تحصيلا لهذه الفائدة ولا يظهر ثبوت العوضية للحال الا في حق الاستناد كما لا يظهر دخول عبده
في الشرى الا في حق تقسيم الثمن ثم هنا بحث لما ذكرنا ان العبد الماذون له في التجارة لا يملك
الحط وانه يملك البيع بالمحاباة ابتدا فلو كان الحط يلتحق باصل العقد لكان الحط كالمحاباة
ابتدا وهي جائزة فكذا الحط وذكر ان المحاباة انما جاز من الماذون لما فيه من استجلاب
قلوب المجاهزين وفي الحط ايضا استجلاب لقلوبهم لان الحط يحصل العقد في حق المشتري بعد لا
بعد ان كان خاسرا والمجاهزون اذا علموا انه صاحب مروءة لا يرضى بخسران احد المسلمين يرغبون
في المبايعة معه اكثر مما يرغبون في مبايعة غيره لانه من باب حسن المعاملة فكان من توابع التجارة كالمحاباة
ابتدا **قوله** بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لانه يصير هبة لا بوصف فلا يلتحق به ولانه لو التحق
باصل العقد يفسد العقد لانه يبقى بيعا بلا ثمن فكان تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف
غير مشروع كذا في الكافي وفيه نظر لانه ذكر في كتاب الصرف انه لو باع قلب فضة وزنه عشرة
بعشرة دراهم فتقابضا ثم زاد في الثمن درهما صحت الزيادة وكذا لو حط عن الثمن درهما
صح الحط وفسد الصرف عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه لما امكن ابطال العقد بالفسخ فالاولى
ان يملكان تغييره عن وصف الصحة الى وصف الفساد ولان ابطال الوصف اهون من ابطال الاصل
وعلى هذا لو باع عبدا بالف درهم ثم زاد في الثمن رطلا من خمر هذا كلامه فالعاقدان ان لم يملكا
تغييره من وصف مشروع الى غير مشروع كما اشار اليه في المرابحة وجب ان لا يصح الزيادة
والحط في الصرف على اعتبار الالتحاق لانه تغيير من وصف مشروع الى غير مشروع وان ملكا
ذلك كما اشار اليه في الصرف وجب ان لا يصح حط الكل على اعتبار الالتحاق لكونه تغييرا من وصف
الصحة الى وصف الفساد كما في الصرف لانه بيعا بلا ثمن وانه فاسد لا باطل الا ان يحمل التعليل
الثاني على تخريج ابي يوسف وبيانه ان ابا يوسف رحمه الله لا يصح الزيادة والحط في الصرف ويبقى
العقد الاول على الصحة لان في تصحيحهما ابطالهما فيبطلان وقال محمد لا يصح الزيادة لما ذكرنا
ويصح الحط ولا يفسد الصرف لانه لا يلتحق باصل العقد بل يصير هبة مبتداة والله اعلم

قوله

قوله وعلى اعتبار الالتحاق لا يكون الزيادة عوضا عن ملكه جواب عن تعليل زفر والشافعي
رحمهما الله ان الزيادة تصير ملكه عوض ملكه وذكر في المبسوط واما قوله انه يلتزم العوض عن ملكه
قلنا قيام الحرمة العقد بقيام المعقود عليه وانه قائم على وجه الاعتياض عنه فيصح التزام العوض
بمقابلته ولانه تبع والعوض بمقابلة الاصل دون التبع كما في اطراف الحيوان فان قلت الوصف التابع
يقتضي ان يصح الزيادة بعد هلاك المبيع لان الزيادة لما لم تقابله العوض لكونه وصفا وتابعا
بقي البيع على حاله يصح الاعتياض عنه وعدم بقائه كذلك في تصحيح الزيادة سواء اجيب
بان هذا الوهم بنا على الرواية التي لا تشترط فيها الزيادة للثمن قيام المعقود عليه ثم هنا بحث
وذلك انه ذكر في وكالة الاصل الوكيل يشتري شيئا بعينه بالف اذا اشترى بالف ومائة ثم حط
البايع المائة عن المشتري فالعقد يكون للوكيل دون الموكل كذا في الذخيرة فلو كان الحط يلتحق باصل
العقد لكان العقد للموكل كما لو اشترى بالف ابتدا وجوابه ان الوكيل لما اشترى بالف ومائة فقد
خالف الموكل فوقع العقد للوكيل والعقد الواقع لانسان لا يتحول الى غيره فالحط ان كان يلتحق باصل
العقد ولكن نفذ وقوعه للوكيل وبعد الوقوع له لا يقبل التحول بخلاف ما لو اشترى ابتدا بالف لانه
يقع للامر لعدم المخالفة **قوله** ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في
الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وهذا يشكل لما مر ان بناء المرابحة والتولية على الامانة والاحتراز
عن شبهة الخيانة حتى لو اشترى عبدا بعشرة ثم باعه من آخر بخمسة عشر ثم اشتراه منه بعشرة يطرح في
المرابحة كل ربح حصل له وهو خمسة هنا فيرابح على خمسة ولو استغرق الثمن الثاني الربح لم يرابح
اصلا وذلك بان اشترى عبدا بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراه منه بعشرة فانه لم يرابح في هذه
الصورة احترازا عن شبهة الخيانة في المرابحة على ما مر تحقيقه والزيادة وان كانت يلتحق باصل العقد فلا تخلو
من شبهة عدم الالتحاق اذ الالتحاق مجتهد فيه حتى يقول الشافعي وزفر رحمهما الله بعدم الالتحاق وكونه
برا مبتدا **قوله** ثم الزيادة اي الزيادة في الثمن اما الزيادة في المبيع فصحيحة بعد هلاك المبيع
لانها تثبت بمقابلة الثمن وانه قائم بخلاف الزيادة في الثمن لانها تثبت بمقابلة المبيع وما بقي
قوله لا يصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية الخ وفي الكافي ان الزيادة انما تصح اذا كان
المبيع بخلاف العقد لان الزيادة تغيير للعقد من وصف الى وصف فيستدعي قيام العقد وقيامه
بقيام المعقود عليه فلو اجر المشتري او رهن او ذبح او خلط او اتخذ او قطعت يده واخذ ارشها صحت
الزيادة لقيام المعقود عليه الا ترى انه لو باع من المرتهن او المستاجر او باع بعد الذبح والخياطة صح
بيعه ولو اعتق او كاتب او دبر او استولد او مات او قتل او وهب او باع او طحن او نسج او نحر
او اسلم مشتريا لخمر لا يصح الزيادة لفوات محل العقد فالعقد لم يرد على الطحين والمنسوج ولهذا صار
الغاصب احق بها بخلاف الذبح هذا كلامه وهو مشكل لما ذكر في باب الاستحقاق حيث قال
اشترى ثوبا او غصبه وخاط قميصا او برا قطنه او شاة فشواها فاستحق لا يرجع بثمنه ولا يرد الغاصب

بل للمالك تضمينه لان الاستحقاق ما ورد على المبيع وانما ورد على غيره فالاستحقاق الوارد
على غير المبيع لا يوجب الرجوع للمشتري على البائع بالثمن ولو لم يخط ولم يصبغ رجع بالثمن ويرى
الغاصب لتبدل الاسم هذا لفظه فقد سوى بين الطحن والخياطة في هذه المسئلة وفرق بينهما في مسئلة
من بيان الفرق والفرق ان المانع من صحة الزيادة هلاك المبيع وبالطحن يهلك المبيع وهي الحنطة
وبالخياطة لا يهلك لان المبيع هو الثوب وبعد الخياطة الثوب باق واما المانع من الرجوع على البائع
بالثمن حدوث معنى يمنع الاستحقاق من الاصل والخياطة من نوع الطحن يستويان في هذا المعنى
هكذا ذكره في المحيط ثم قوله في الكافي لان الاستحقاق ما ورد على المبيع انه ما ورد على صفة
وقع البيع عليها بل ورد الاستحقاق عليه بعد حدوث معنى يمنع ورود الاستحقاق عليه من الاصل
لان الاستحقاق لما ورد على القميص مثلا يكون مقتصرا على صاحب القميص لان من ضرورة الا
الاستحقاق القميص ان يكون الاستحقاق بملك حدث على ملك المشتري فيكون ما ذكر
في الكافي موافقا لما ذكر في المحيط قوله الا يرى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا يشكل
بان الابراء اسقاط الدين وقد ذكر المصنف رحمه الله في اول المأذون ان الاسقاطات لا تتوقف
حيث قال والاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق الى ان قال وهذا لانه
لكونه اسقاطا لا يحتمل التاقيت حتى لو اذن لعبده يوما كان ماذونا ابدا الا ان يحجر
عليه لان الاسقاطات لا تتوقف وذكر بعض الشارحين ان تأجيل الدين تأخير للمطالبة
لا اسقاط وهو المذكور في الكافي والله اعلم ثم لا ملازمة بين ملك الشيء مطلقا وملكه موقتا
فان التصرفات التي هي من الاسقاطات كالطلاق والعتاق واذن العبد بالتجارة يملكها مطلقة
لا موقتة فلا يصح الاستدلال بملك الابراء مطلقا على ملكه موقتا الا يرى انه يملك اجارة الوقف مطلقا
ولا يملكها مؤبدا الذي هو ابراء موقت الا ان يقال انه ما يملك التاجيل من ملك الابراء مطلقا اذا لم
يمنع هناك مانع وفي الوقف المانع موجود وهو لزوم النسخ على الجواز اعتبار الاجارة ولزوم
التأبيد ان اعتبر معاوضة قوله ومعاوضة انتهاء واعترض بان اقراض احد المتفاوضين
لا يلزم صاحبه ولو كان معاوضة انتهاء للزمه كما لو كفل احدهما بالمال على اجنبي بامره يلزم صاحبه
لان الكفالة بالامر معاوضة انتهاء وان كان تبرعا ابتداء وقد فرق المصنف رحمه الله بين الا
قراض والكفالة في كتاب الشركة بان الكفالة معاوضة بقاء ولزوم صاحبه يلاقي البقاء فكان في
معنى التجارة فاخذ صاحبه به واما الاقراض فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل
فلا يتحقق معاوضة فهذا يشعر بان القرض عارية ابتداء وبقاء وليس بمعاوضة اصلا اذ لو كان
فيه معنى المعاوضة بقاء لم يتم الفرق المذكور والجواب ان في لزوم اقراض احد المتفاوضين
صاحبه روايتين عن ابي حنيفة رضي الله عنه قلنا لم نمنع ثم لابي حنيفة رضي الله عنه في القرض
طريقان احدهما ما ذكره هاهنا انه عارية ابتداء معاوضة انتهاء وعلى هذا يلزم الاقراض في المفاوضة

لصاحبه

لصاحبه فقد ذكر في المبسوط ان اقراض احد المتفاوضين يلزم شريكه عند ابي حنيفة رضي الله عنه
لانه معاوضة وعندهما لا يلزم لانه تبرع والثاني انه عارية ابتداء وبقاء كما هو المذكور في كتاب
الشركة وعلى هذا لا يلزم اقراض احد المتفاوضين صاحبه فلا اشكال ولا مخالفة

باب الربوا

قوله ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين فان قلت قوله عليه السلام لا
تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء يقتضي بيع الطعام في جميع الاحوال سوى حال المساواة
فينبغي ان لا يجوز بيع الحفنة بالحفنتين او بحفنة لعدم تحقق المساواة اذ المساوي الشرعي
هو الكيل وما دون نصف الصاع لا يدخل تحت الكيل قال بعض المحققين ان المراد منه
ما صار متقوما الا يرى ان الحفنة الا يرى ان الحفنة لا يبيعها احد ولو باعها لم يجز لانها ليست
بمتقومة فلا يعرف مالية الطعام الا بالكيل فيثبت صفة الكيل بمقتضى النص كانه قيل لا تبيعوا
الطعام المكيل بالطعام المكيل الا سواء بسواء فلا يتناول ما دون نصف الصاع هذا كلامه ولقائل
ان ما دون نصف الصاع مضمون بالقيمة بالاتلاف ولو لم يكن متقوما لما كان مضمونا اذ الضمان
يدور مع التقوم وجودا وعدما لانه لم يدع ان ما دون الكيل غير متقوم بل ادعى ان تقوم
الطعام لم يتعارف الا بالكيل حيث قال ولا يعرف مالية الطعام الا بالكيل اي لا يتعارف
ماليته الا به ولم يقل لا مالية للطعام الا بالكيل فينصرف اللفظ على الاطلاق الى التقوم المتعارف
وهو التقوم بالكيل اما الضمان فيستند الى نفس التقوم لا التقوم المتعارف وانه موجود فيما دون
الكيل اما اللفظ فينصرف الى التعارف ثم يشكل بان المتقوم لو كان منصوصا لانصرف الى
التعارف ولكنه يثبت مقتضى ضرورة ان البيع يستدعيه والضرورة ترتفع بتقدير نفس التقوم
اما المتعارف فزائد على قدر الضرورة وقد يجاب ايضا بان المستثنى في النص حال المساواة
على التوزيع ولا بد في المستثنى المفرغ من تقدير المستثنى منه عاما من جنس المستثنى الا
قرب فالاقرب والاحوال المتعارفة من حال المساواة هي التي يتحقق فيها دخل الكيل
اما حالة القلة فلا تعارف فيه في الجنس فوجب تقدير الاحوال التي يتحقق في الكثير اي لا تبيعوا
في حال من الاحوال المتحققة في الكثير الا حالة المساواة فلا يدخل القليل تحت الحرمة على انا لو جعلنا
النفي عاما في القليل لكان التقدير لا تبيعوا في حالة القلة ولا في حالة الكثرة فلم يصح حينئذ استثناء
حال المساواة لان اللفظ ح لم يكن متناولا حال المساواة الا بضرورة متناوله حالة الكثرة وما
يدخل في الكلام ضرورة لا يستثنى لانه تصرف في اللفظ فلا بد وان يتناوله اللفظ ولئن عورض
بانه استثناء من الطعام معناه لا تبيعوا الطعام بالطعام الا طعاما مساويا بطعام مساو قلنا
في هذا التقدير حذف ومجاز وفي تقديرنا ليس الا حذف المستثنى منه ولئن قال في تقديركم
الغاء معنى الباء في قوله بسواء اذ لا معنى له قلنا لو سلم فالمتعارف في مثل هذا الكلام
هو ارادة الحال والعرف اثبت جميع ذلك فلا شك ان تقديرنا يتخذ ايضا لما احتمل

واحتمل لم يثبت حرمة بيع القليل بهذا النص فبقي داخلا في عموم قوله تعالى واحل الله البيع والله اعلم
قوله وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة يعني اذا بيع نصف الكيل فيما دون الكيل من جنسه
فان فضل احدهما على الاخر فهو في حكم بيع الحفنة بالحفنتين لان ما دون نصف الكيل لا يكال في الكيل
في العادات فلا يكون مكيلا وبهذا المعنى يكون مضمونا في الاتلاف بالقيمة كذا في الشرح وقال
زك رح ان هنا دقيقة وهي ان الحنطة وسائر المكيلات انما يجوز بيعها بما دون نصف صاع
من جنسها بغير اعتبار التسوية فيما اذا كان كل من البدلين لا يدخل تحت نصف الصاع اما اذا
احدهما لا يبلغ نصف الصاع والاخر يبلغ نصف الصاع او اكثر فيمتنع احدهما بالاخر لا يجوز نص
عليه في المبسوط وقال لو باع حفنة بقفيز لا يجوز ثم الحنطة قلت ذكر في المحيط ما يدل على انه اخذ
البدلين اذا كان لا يبلغ نصف الصاع والاخر يبلغ يجوز البيع حيث قال ذكر شمس الائمة
السرخسي ان ادنى ما يجري فيه الربوا نصف صاع وذكر في تقرير ان حتى لو باع مدين من الحنطة بثلاثة
امنان منها نصف صاعا لا يجوز واذا باع منوين من الحنطة بمنوين منها يجوز وكذا لو باع نصف
من من الحنطة بمنوين منها فصاعدا يجوز فعلم ان اعتبار التسوية انما يجب اذا كان كل من البدلين
يبلغ نصف الصاع وهذا هو الموافق لقوله عليه السلام مثلا بمثل والفضل ربوا اذ المراد المماثلة في
القدر الشرعي فيكون المراد بالفضل هو الفضل في القدر لان فضل احدهما على الاخر يقتضي
مساواة بينهما على تقدير عدم الفضل اذ لا يقال فلان افضل منه في العلم الا اذا كان بينهما
مساواة في نوع العلم وفضل احد البدلين اذا كان الاخر لا يبلغ نصف الصاع ليس بفضل
عليه في القدر الشرعي وهو الكيل لان الكيل لا يتحقق في البدل الاخر فلا يكون حراما قوله وحرمة
النساء باحدهما حتى لو باع عبدا بعبد الى اجل لا يجوز لوجود الجنسية وهي بانفرادها تحرم النساء
كذا في الشرح وفيه نظر لان بيع العبد بعبد موجلا انما لا يجوز لفوات شرط السلم وهو كون المسلم
فيه مما ينضبط بالوصف بان يكون من الاجناس الاربعة المكيل والموزون والمذروع والمعدود
المتقارب لا للزوم النساء باعتبار اتحاد الجنس كيف والعبيد كالجنس المختلفة من حيث ان التفاوت
في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة حتى لا يقسم الرقيق قسمة جمع ولو كان متحد الجنس جاز
قسمة الجمع فيه قوله وحقيقة الفضل فيه غير مانع حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين والنسيئة اولى وكذا
ان نقود ربوا النساء حرام بالاجماع حتى يثبت في بيع الحنطة بالشعير وان كان لا يثبت ربوا
القدر فيهما كذا في الشرح وكذا ذكر الشارح رح نقلا عن المبسوط فقال ولست اعتبار
النساء ربوا الفضل لا لاتفاقنا على ان ربوا النساء حتى يثبت في بيع الحنطة بالشعير وان
وان كانت لا يثبت ربوا الفضل قلت ذكر الشارح رح بعد هذا عن الايضاح ان الشافعي
ينكر حرمة النساء في المطعوم ويقول التقابض في بيع المطعوم شرط جواز العقد فينعدم الجواز
لانعدام التقابض لا لكونه نسيا فعلى هذا لا يكون ربوا النساء اجماعيا فلا يكون جوابا عن الخصم

قوله

قوله والنقد اوجب فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربوا ذات وصفين ولهما حكمان حرمة
حقيقة الفضل وحرمة شبهة الفضل وهي نساء احد البدلين عند نقد الاخر فاذا وجد احد وصفي
علة الربوا كانت له شبهة العلة فيثبت شبهة الفضل وهي حرمة نقد احد البدلين عند نساء الاخر
وفاقا بين العلة وحكمها لان بهذا اجتماع وصفي علة الربوا كانت العلة حقيقة فيثبت به حرمة
الفضل وشبهته فعند وجود احدهما وجبت شبهة الفضل للمناسبة اذ لو انعكس بان يثبت
حرمة حقيقة الفضل عند وجود شبهة العلة وحكمها كذا في الشرح ولقائل ان يقول حقيقة
الفضل لا تتصور الا عند تحقق التسوية صورة ومعنى وما ذلك الا عند وجود القدر المتفق
للصورة والجنس المتوي للمعنى فعند فقد احدهما ووجود الاخر لا يثبت الا شبهة الفضل نظرا
الى اتحاد الجنس او القدر فينبغي ان يثبت حرمة الفضل عند فقد البدلين ايضا كما يثبت عند فقد احدهما
وثبت الاجزاء الفضل في الحالتين ثابت شبهة لا حقيقة ولا احد فضل وصفي علة الربوا تاثير في حرمة
شبهة الفضل على ما قرره الشارح رح الا ان يقال حوزنا البيع عند فقد البدلين المختلفين قدرا
وجنسا بقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكونا يدا بيد قوله
فاذا اختلفا صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة
قلت وهذا يشكل بما اذا اجر الدار بالحانوت فانه لا يجوز مع انهما يختلفان جنسا فالشبهة التي تثبت
اذ المقصود من الكل اصل السكنى هكذا علل المصنف رحمه الله في كتاب القسمة ووجه الاشكال ان الاتفاق ٣
في اصل الوزن مع اختلاف في صفته لما لم تحرم النساء فاختلاف جنس المنفعة بين الدار والحانوت
مع شبهة الاتحاد اولى ان لا تحرم وايضا شبهة الشبهة لما لم يعتبر اذا لم يكن حرمة الشبهة منصوصة اما اذا
كانت حرمة الشبهة منصوصة بشبهة الشبهة حينئذ كالشبهة الا يرى ان شري ما باع باقل مما باع لما حرم
بالنص حرم ما فيه شبهة وان كانت حرمته معللة بشبهة الربوا وله بعض نظر قوله ولو باع
بالنقود اي باع الزعفران ونحوه بالنقود اي بالدراهم والدنانير موازنة اي بشرط الوزن فيهما
وتبقيهما اي النقود صح التصرف فيها اي في النقود قبل الوزن لانه ثمن والتصرف في الثمن قبل القبض
جائز فقبل الوزن اولى وفي الزعفران ونحوه لا يجوز التصرف قبل الوزن لانه مبيع وقد نهى النبي صلى الله عليه
وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان والوزني كالكيلي والنص الوارد في المكيل وارد في الموزون
كل ما يثبت بالرطل فهو وزني فانه يباع بالاواقي الرطل بكسر الراء اثنا عشر اوقية والاوقية استار وثلث
استار والاستار اربعة مثاقيل والمثقال درهم ونصف والدرهم ستة دوانق والدوانق قيراطان والقيراط
طسوج والطسوج حبتان والحبة سدس درهم وهو جزء من ثمانية واربعين جزءا من درهم كذا في
الحواشي وثلثة اسباع درهم قوله يعتبر قبض عوضيه في المجلس قلت المعتبر قبض عوضيه قبل ان يتفرق
البدنان المتعاقدين وان تعدد المجلس فكانه جعل ما قبل الافتراق مجلسا واحدا حكما قوله ولانه اذا لم يتقابض
بتعاقب القبض اي اذا لم يقبض احدهما في المجلس يتعاقب القبض والا يعدم القبض في المجلس يستلزم

التعاقب لجواز ان يتقابضا بعد الافتراق معا فلا بد وان لم يقبض احدهما ويكون تعليلا اخر ثانيا
قوله وللنقد مزية فان قلت فضل النقد غير معتبر عندنا في حق انه لا تقول بحرمة النسا
على ما ذكرنا من الانفساخ ونقول بجواز البيع في النوى اجيب بانه تعليل الزامي
قوله انما هو التمكن من التصرف قلت نعم ولكن المكنة المطلقة لا تحصل بالقبض حيث لا تجوز
من غيره قبل القبض ونفس المكنة حاصل قبل التعيين ايضا لجواز بعض التصرفات في الدين
بان يشتري شيئا من عليه الدين قوله ومعنى قوله يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة
واعترض بانه جاء في حديث بن عمر رضي الله عنهما من رواية مسلم الذهب بالذهب ربا الا هاء وها
والورق ربا الا هاء وها والبر بالبر الا هاء وها والشعير بالشعير ربا الا هاء وها والتمر بالتمر ربا
الا هاء وها معناه خذ فجعل هاء وها بمعنى يدا بيد ثم جعل يدا بيد عبارة عن التعيين تعسف
وبان رواية عبادة انما تصلح مؤيدا ان لو كان روى قوله عينا بعين منفردا اما اذا كان رواه
منضما الى قوله يدا بيد فلا وقد روينا عن عبادة على ما اورده البغوي في كتابه ان رسول
الله عليه السلام قال لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا الشعير بالشعير ولا التمر
بالتمر ولا الملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين يدا بيد ولانه انما يصار الى المجاز اذا تعذر الحمل
على الحقيقة والا فلا وحديث عبادة لا يوجب العدول عن حقيقة يدا بيد لان اشتراط التعيين
وضعه لا ينافي اشتراط القبض ولا التوافق حتى يحمل احدهما على الاخر والجواب اما عن الاول
فلانه لما تعذر حمل قوله هاء وها على الحقيقة للقطع بانه لا يجب ان يقول احدهما لصاحبه خذ وجب
الحمل على المجاز وهو يحتمل ارادة التقابض وارادة التعيين وقد اتفق حمله على التقابض باعتبار
المبيع المتعين كالثوب مثلا فتعين ارادة التعيين منه ايضا لانا حملنا على يدا بيد ثم جعلناه مجازا
عن التعيين حتى يكون تعسفا ولان قوله عليه السلام البر بالبر ربا الا هاء وها محمول على ربا
النسيئة للقطع بان ربا الفضل لا يندفع بالتقابض ولا بالتعيين فيكون المعنى البر بالبر ربا
النسيئة الا هاء وها وعندك علم بانه لا نسيئة اذا كانا متعينين ولم يكونا مقبوضين فعلم
ان المراد بقوله هاء وها التعيين بل لو اريد التقابض لكان بيع الحنطة بالبر المتعينين غير مقبوضين
ربا ولا وجه اليه للقطع بعدم ربا الفضل وعدم ربا النسيئة فلا بد وان يراد بقوله هاء وها
التعيين ابتداء واما عن الثاني فلان ما وقع في رواية البغوي من قوله عينا بعين يحتمل ان يكون
منصرفا الى المطعوم وقوله يدا بيد على اللف والنشر ويحمل عليه بالدليل المذكور في الكتاب واما
عن الثالث فلان التقييد بيدا بيد انما هو لدفع ربا النسيئة لا ان قوله فيه لا يتعلق بدفع ربا
الفضل والاحتراز عن الكالئ بالكالئ وكل ذلك يحصل بنفس التعيين ولا يحتاج فيه الى التقابض فعرفنا
بدلالة هذا النص ان المراد بقوله يدا بيد عينا بعين وحمل الكلام على المجاز بالدلالة جائز والله
اعلم قوله وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل هذا ابنا فيه

وصار الكلام على المجاز

ماسيأتيك

ماسيأتيك من قول المصنف في اول الصرف حيث قال ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد
عن الكالئ بالكالئ ثم لا بد من قبض الاخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا هذا كلامه وفيه اشارة
الى ان تعاقب القبض يوجب النسا فيدل على خلاف ما اشار اليه هنا وسيأتي توضيحه ان شاء الله تعالى
قوله والجوزة بالجوزتين فان قلت الجوز مثلي ولهذا يضمن بالمثل عند الاتلاف وفي بيع الجوزة
بالجوزتين انتفت المماثلة فلا يجوز قلت الربا يبتني على الفضل على المعيار ولم يوجد بخلاف ضمان
العدوان فانه مبناه على نسبة المماثلة كذا في الشاهان وفيه نظر لما سبق ان ما دون نصف الصاع
يضمن بالقيمة عند الاتلاف ولا انعدام المساواة بالمعيار فلو كان ضمان العدوان مبنيا على نفس
المماثلة وهو موجود فيما دون نصف الصاع لكان ينبغي ان يضمن بالمثل دون القيمة على ان المعيار
الشرعي وهو القدر انما شرط لتحقق الربا لان الفضل مبني على المساواة وهي على عدم تفاوت
الاحاد وكل ما هو مثلي احاده ليست بمتفاوتة اذ لا يعني بالمثلي شيء ما لم يكن افراده متفاوتة
والعدديات المتقاربة من المثليات تتحقق المساواة صورة ومعنى بين افراده ومن ضرورة
تحققها تحقق الربا عند وجود الفضل في احد الجانبين فانتفاء القدر هنا بعدما كانت مثلية لا ينافي
تحقق الربا على ما لا يخفى فالاولى هو ما قال الشارح نقلا عن الذخيرة انه لا مماثلة بينهما حقيقة للتفاوت
صورة ولكن الا ان الناس اصطلحوا على هدر التفاوت فيعمل ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان
دون الربا الذي هو حق الشرع عليهم ولكنه يشكل بما مر ان تعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا عرفا
وذلك ان اهدار التفاوت في العرف لما لم يكن معتبرا فيما هو حق الشرع وهو الربا حيث لا يثبت
الربا في الجوزة بالجوزتين وجب ان يثبت ربا النسيئة عند تعاقب القبض ايضا ولم يعتبر العرف في
اهدار هذا التفاوت في حق الشرع بعد تحققه حقيقة والله اعلم قوله باعيانهما اي باعيان
البدلين قوله ولا يعود وزنيا قلت سلمنا انه لا يعود وزنيا لكنه لا يخرج عن كونه مثليا لعدم
التفاوت في احاده وعلة الربا في الحقيقة انما هي كونها اموالا مثلية فانها وجدت المساواة
في المالية وجب ان يجري فيه الربا فكانهم ارادوا الحكم على كونه من المقدار لبعد الوقوف على كونه
مثليا غير متفاوت الاحاد في كل نوع ولكنهم سووا ضمان العدوان بالمثل على كونه مثليا
حتى اوجبوا المثل في غصب الجوز والفلس فعلم انه مما يمكن الوقوف عليه قوله
بخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالئ بالكالئ قلت الاحتراز عن الكالئ باشتراط التقابض في المجلس
يمكن الا ترى ان الدرهم بالدرهم كالئ بكالئ لان الدرهم لا يتعين بالتعيين لكن لما كان
التقابض في المجلس خرج عن الكالئ بالكالئ من حيث انه يوجب التعيين والتعين في المجلس كما هو في صلب
العقد تنزيلا لساعات المجلس كساعة واحدة جاز فليجز بيع الفلس بالفلسين بغير اعيانهما لكن بشرط
التقابض في المجلس كما جاز بيع الدرهم بالدرهم بغير عينهما وقد نقل في الذخيرة انه لا يجوز
بيع الفلس بالفلسين الا يدا بيد اذا كانا بعينهما حيث قال اذا باع فلسا بفلسين يجوز

بدا بيد اذا كان بعينهما كذا في الجامع فمن مشايخنا من لم يصحح ما ذكر فيه لان التقابض مع العينية
انما شرط في الصرف وهذا ليس بصرف ومنهم من صحح لان الفلوس من حيث ان لها حكم العروض جوزنا
بيع واحد باثنين اذا كانا عينين ومن حيث ان لها حكم الدراهم شرط التقابض في المجلس مع العينية
عملا بالدليلين بهذا اللفظ فعلم ان الكلام في اشتراط التقابض منهما اللهم الا ان يقال للخصم ان لا تقال
يجوز بيع الدراهم بالدراهم وان تقابضا في المجلس لكونه دينا بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم
عن الكالي بالكالي لانا جوزناه بشرط التقابض على خلاف القياس فيقتصر مورده فينبغي بيع الفلس بالفلس
او بغير اعيانهما على قضية القياس قوله وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم
النسا يشير الى ان النسا يتحقق بكون احد العوضين دينا مع اتحاد الجنس او القدر واشار في قوله
وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل الى ان النسا انما يتحقق بمدة الاجل
دينا مع الاخر وبينهما تنافر الا ان يقال معنى قوله وتعاقب القبض الى اخره ان تعاقب القبض في
المعينين كما في بيع الطعام لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل اي بخلاف العين والدين
او العين خير من الدين لان العين مال حقيقة والدين مال باعتبار عاقبة الاستيفاء هذا لكن
لا تفاوتا ان يقبض احدهما دون الاخر اذ لا يعقل التفاوت الا ان يكون احدهما دينا
والاخر عينا وقوله وتعاقب القبض الخ يشير الى وجود التفاوت وعدم اعتباره اعتباره في العرف
فلا يمكن حمله على المعينين لعدم وجود التفاوت بينهما حقيقة قوله لعله النقل واحد الاثقال
كحمل واحمال في نحو والنقل ضد الخفة قوله وله ان الرطب تمر الخ وعرض بالمنع لحديث انس رضي الله
عنه كان النبي عليه السلام يفطر قبل الصلاة على رطبات فان لم يكن فتمرات حسوات من ماء وفي الخبر
المرفوع اذا ولدت امراة فليكن اول ما تاكل الرطب فان لم يكن فتمر وبان في قصة خيبر ليس
كما زعم لما روينا عن ابي سعيد وابي هريرة رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل
رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال اكل تمر خيبر هكذا وكتاب بان الرطب والتمر اليابس
جنس واحد بلا شبهة اي الاختلاف في الاحوال وجنس هذا التمر معنى مقصود لا بد وان يكون له اسم
موضوع ولفظ الرطب ليس بموضوع له على اطلاق فتعين التمر موضوعا له وعن هذا ذكر المصنف
بعد هذا ان هذا الاسم اي التمر له من اول ما تنعقد صورته ولان اطلاق لفظ التمر على الرطب
ثبت في حديث خيبر واما اطلاق لفظ الرطب على التمر فلم يوجد فتعين لفظ للجنس الا ان لفظ
التمر يقع في العرف على اليابس فكذا لا يحنث في قوله لا ياكل التمر باكل الرطب ويصح عطف التمر على
الرطب في شرو ان لم يكن فتمر اما التمر المذكور في حديث الربا فالمراد به هو الجنس دون اليابس
منه بدليل قوله فاذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم اذ المراد به الجنس فعلم ان المراد بما قبله
اي ذي الحكمين الجنس واما روى ابو سعيد من قوله في تمر جنيب فلا ينافي ما ذكره المصنف رحمه الله
انه اهدي اليه رطب اذ التمر قد يطلق على الرطب اما الرطب فلا يطلق على التمر فكانت رواية

الرطب

الرطب يحكم فيرد المحتمل عليه على ان المصنف رحمه الله تمسك به على تقدير صحته وان لم يكن صحيحا فلا
حاجة بما ذكرنا اولا وما ذكر بقوله ولانه تمر الخ قوله ولانه لو كان تمرا جاز الى اخره قيل
هذا الاستدلال مما يقضي به العجب اذ المراد بالنوع هو الجنس والاختلاف بين الرطب والتمر هو النوعي
دون الجنسي ولان قوله فبيعوا كيف شئتم معناه متساويا ومتفاضلا وبيع الرطب بالتمر متفاضلا
لا يقول به احد وجوابه ان هذا الترديد لدفع التعنت والزام الخصم وتحقق احد الشقين وهو كونه
من جنس التمر لا ينافي مثل هذا الترديد على ما لا يخفى واما البيع متفاضلا فانما لا يجوز لانه
ان كان تمرا لا يجوز والا يجوز فلا يجوز بالشبهة والبيع متماثلا جائز بكل حال نعم يشكل على هذا بيع
الحنطة المقلية بغيرها فانه لا يجوز مع ان المقلية ان كانت حنطة جاز البيع باول الحديث والا باخره
ولكن جوابه ان بيع الحنطة انما يجوز اذا وجدت المساواة ولم يوجد في المقلية بغيرها لان التخلل
في المقلية لانتفاخ حباتها اكثر منه في غيرها وهذا التفاوت جاء بصنع من العباد فاعتبر في حرمة البيع
اما التفاوت بين الرطب والتمر فخلقي فلم يعتبر لما فيه من سد باب البيع في اكثر الربويات فان
فان قلت فيجب ان لا يصح بيع المبلولة باليابسة ايضا اذ التفاوت بينهما بصنع من العباد اجيب
بان الحنطة خلقت في الاصل رطبة فقضية الدليل يعود الى ما خلقت اليه فيعتبر كالرطوبة الاصلية
قوله وهو ضعيف عند العلماء على ان هذا الحديث مخالف للحديث المشهور فيرد ولان الصحيح
ان النبي عليه السلام سئل عن بيع التمر بالرطب نسا وبه نقول كذا في الكافي وفيه نظر لما اولا فلانه لا مخالفة
بينه وبين الحديث المشهور لانه انما يجوز بيع التمر بالتمر بشرط المماثلة كيلا وانها لا تتحقق بين الرطب
والتمر لانتفاخ في الرطب دون التمر الا ترى ان بيع الحنطة المقلية بغيرها لا يجوز لمكان انتفاخ
المقلية وعدم تحقق المماثلة بينهما وذلك لا يخالف الحديث المشهور فكذا هذا وما قيل ان التفاوت
بين المقلية وغيرها بصنع من العباد وبين الرطب والتمر لا بصنع منهم وفي اعتبار ما ليس بصنع
منهم سد باب البيع في الربويات فغير صحيح لانا لا نعتبر نفس التفاوت يسيرا كان او فاحشا
حتى يؤدي الى سد باب البيع بل يعتبر ما هو الفاحش فيه كما بين الرطب والتمر واعتبار مثله
لا يؤدي الى سد الباب واما ثانيا فلانه لو كان المسؤول هو بيع الرطب بالتمر نسا لم يكن لقوله
عليه السلام اينقص اذا جف قوله لا ادنى معنى او حرمة النسا لا تتوقف على ثبوت التفاوت بينهما
عند الجفاف الا يرى ان بيع التمر بالتمر نسا ايضا لا يجوز وان لم يتوهم فيه التفاوت اصلا والله اعلم قوله
وقيل لا يجوز بالاتفاق وقد تعالى العنب مع الزبيب جنسان مختلفان بدليل انه لو وصى بالعنب
فصار زبيبا قبل موت الموصي بطلت لتغير الموصى به والاسم اما لو وصى بالرطب فصار تمرا حيث
لا يبطل الوصية وكذا لو غصب عنبا فصار زبيبا انقطع حق المالك ولو غصب رطبا فصار تمرا لا ينقطع
حقه ومتى اختلف الجنسان وجب ان البيع كيف ما كان وجوابه ان بطلان الوصية وانقطاع حق المالك
ليس بدليل على اختلاف الجنسية لجواز ان يكون العنب والزبيب جنسا واحدا ولكن اسم

[illegible]

الزبيب يختص باليابس لا يطلق على الرطب واسم العنب يختص بالرطب لا يطلق على اليابس والوصية تبطل ببطلان الشيء الموصى به وكذا حق المالك ينقطع بزوال النوع واما الرطب فيصير تمرا ان كان يزول مع اسم الرطب فاسم التمر الذي كان يطلق عليه وهو رطب باق فمن حيث ان اسم الرطب يزول يجب ان يبطل الوصية ولا ينقطع حق المالك فقلنا لا يثبت البطلان في الوصية ولا انقطاع حق المالك في الغصب بالشك اما في العنب فلا يبقى اسمه بعد الجفاف اصلا اما اصل العنب فظاهر وكذا اسم الزبيب لانه ما كان يطلق عليه قوله لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية ببنيها والوف على هذه الرواية بين بيع التمر بالرطب وبيع بيع العنب بالزبيب ان النقص ورد باطلاق لفظ التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا باطلاق اسم الزبيب على العنب كذا في الكشف الا ان يقال اختلاف الاسم بين العنب والزبيب محتمل ان يكون لاختلاف الجنس وتوضيحه ان اسم التمر لما اطلق على الرطب دل ذلك على اعتبار التفاوت بينهما اذ اتحاد الاسم يدل على اتحاد الجنس واذا لم يعتبر التفاوت بينهما جاز بيع احدهما بالاخر متماثلا واسم الزبيب لما لم يطلق على العنب دل ذلك على ان التفاوت الفائت بينهما معتبر فلا يجوز بيع احدهما بالاخر ولكنه يشكل بالحنطة المقلية بغير المقلية فان اسم الحنطة يطلق عليهما مع اعتبار هذا التفاوت بينهما فعلم ان اتحاد الاسم لا يدل على اعتبار التفاوت بينهما ويكون لاتحاد الاسم ان يتفقا في المقصود الاصلي فالظاهر ان الرواية التي جاءت في بيع العنب بالزبيب انه لا يجوز عند ابي حنيفة فهو فقه رواية في عدم جواز بيع الرطب بالتمر ايضا ومن اراد الفرق بينهما فقد روى شططا قوله الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا قلت لما ترك هذا الاصل في بيع التمر بالرطب لعبارة الحديث الذي رويناه لزمه ان يتركه في هذه الفصول ايضا بدلالته لان من يتتبع ما روي انه عليه السلام لما سئل عن بيع الرطب بالتمر قال عليه السلام اينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا اذ يعلم ان المعتبر هو المال وانه في اعدل الاحوال لا الحال وقد وجد في هذه الفصول المال وانه في اعدل الاحوال فيلزم ان يقول بجواز هذه البياعات بدلالة النص كما قال بجواز البيع الرطب بالتمر بعبارته باعتبار العبارة دون الدلالة بما لا وجه الدلالة قوله ولو باع البسر الى اخره في الصحاح اول ما يبدو من النخل طلع ثم خلال ثم بلح بفتحتين ثم بسر ثم رطب ثم تمر وفيه ايضا البسر عوزة حرما قوله الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء ثم النخل سمي كما بكسر الكاف لانه يستر ما في جوفه والكم هو الستر تعالى كتمت الحمل ولا استر به قوله اذ ما فيه من الدهن موزون فان قلت ينبغي ان يجوز بيع الدهن موزونا بالسمسم كيف ما كان لان السمسم كيلي والدهن وزني قلت السمسم اشتمل على الدهن وهو المقصود منه وانه وزني فاعتبر الدهن الذي فيه احتياطا فان قلت لما كان المقصود هو الدهن ينبغي ان يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا ويصرف الى الدهن نفيا للفساد كما في مسئلة الاكرار قلت السمسم لصورته يتقيد الربا ومعنى وهو الدهن فاذا بيع بجنسه تعتبر الصورة

فوجبت

فوجب التسوية واذا بيع بالدهن يعتبر المعنى فيجب التسوية بين الدهن المفرز والدهن الذي في السمسم عملا بالشبهين كذا في الشاهان وهل يصح ان يجاب بان الدهن الذي في السمسم ليس بموزون عنده ولكنه من حيث انه مقصود يعتبر مفرزا فيما اذا باع السمسم بالدهن احتياطا اما اذا بيع السمسم بمثله فالاحتياط ان لا يعتبر مفرزا وقيل لصحة البيع صرفا للجنس الى خلاف الجنس لم يكن ذلك احتياطا لما فيه من شبهة الربا من حيث انه غير مفرز حقيقة ثم قد يقال قد اعتبر نا الدهن الذي في السمسم والزيتون موجودا هاهنا كالدهن المفرز ولم يعتبره موجودا في جواز بيعه حتى لو باع الدهن الذي فيه لم يجز وجوابه ان الاحتياط في كل وصف واجب وكون الاحتياط في البيع ان يعتبر معدوما فلا يجوز وفي بيعه بالدهن المفرز ان يعتبر موجودا ليشترط الزيادة في المفرز احترازا عن الربا قوله ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربا وقد يشكل بان بيع السمسم بالدهن المساوي مع ما فيه من الدهن او الاقل منه انما لا يجوز لشبهة الربا اذ الظاهر جواز البيع كيف ما كان لانه بيع الكيلي بالوزني ولكن لما كان الشيء مقصودا اعتبر مفرزا ابعادا عن الربا ثم لما لم يعلم مقداره ما فيه ينزل الشبهة الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة الا اذا كانت الحرمة ما فيه الشبهة منصوصة كحرمة شراء ما باع باقل مما باع وحرمة بيع السمسم بالدهن والزيتون ليست منصوصة وفي مثله الشبهة المنزلة غير معتبرة قوله ولنا ان اللحوم مختلفة وقد يقال لا اقل المجانسة لاتحاد المقصود وشبهها ملحقة بحقيقتها الا يرى ان منافع الدار والحانوت اعتبرت متحدة باعتبار الخاص واصل المقصود مع الاختلاف في كثير من الاغراض قوله فكذا اجزاؤها يشكل على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فانهما اعتبرا الدقيق والسويق جنسين مختلفين لاختلاف المقصود مع انهما من اجزاء الحنطة قوله وشعر المعز وصوف الغنم الاولى ان يقال وصوف الضأن لانه لا مقابلة من المعز والغنم لما مر في الذكوة ان اسم الغنم يشمل الكل قوله جنسان لاختلاف المقاصد ولم يعتبر اتحاد الجنس في اصلها وفي الالبان واللحوم اعتبر اختلاف الجنس في الاصول ولم يعتبر اتحاد الجنس المقصود اجيب بان الاصل في اتحاد الجنس واختلافه هو المقصود عند الفقهاء فان كان بعض المقاصد متحدا او البعض مختلفا يعتبر الرجحان بالاصل والمقاصد هاهنا مختلفة اختلافا فاحشا فيعتبر اجناسا وفي بعض المنافع متحد وبعضها مختلف فرجحنا بالاصل والاصول مختلفة فاعتبرت اجزاؤها اجناسا قوله وكذا السلم جائز في الخبز الصحيح فان قلت كيف يجوز والخبز متفاوت تفاوتا حادثا تفاوتا فاحشا لا يجوز الاستقراض به لا وزنا ولا عددا والسلم فيما تتفاوت احاده غير جائز قلت نعم القياس يقتضي ان لا يجوز السلم فيه لا وزنا ولا عددا كما هو قول ابي حنيفة رضي الله عنه ولكن المشايخ اخذوا بقول ابي يوسف رحمه الله انه يجوز السلم فيه وزنا اذا اتى بشرائط لحاجة الناس ويجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من جنس الذي سماه حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض

باب الاستحقاق

قوله لأن البينة حجة مطلقة الى آخره وفي الكافي البينة حجة متعدية حتى يظهر في حق كافة الناس والاقرار
لا حجة لا يقتصر على المقر لان البينة تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فيتعدى الى الكل اما
الاقرار فحجة لا يتوقف على القضاء وله ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه هذا كلامه
وانه مشكل لما سيأتي انه لو قضي بالنتاج لذي اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج
يقضى له الا ان يعيد ذو اليد البينة على النتاج لان بينة ذي اليد ما قامت على هذا المدعي
وانما قامت على الاول فلم يصر الثالث مقضيا عليه بتلك القضية هذا في حق كافة الناس اذ
اذ لو ظهرت في حق الكل لم يجز اقامة البينة من الثالث على النتاج وحيث جاز علم انها لا تظهر
الا في حق المقضي عليه ولا يجوز ان يحمل ذلك على حقوق الله سبحانه وتعالى كالحرية فان القضاء
بها بالبينة قضاء في حق الكل حتى لا يقبل بينة احد على الرق لان التعليل الذي ذكره بقوله لان
البينة تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة يأباه فكأنه اراد بقوله كافة الناس كل من صار
خصما في القضية كالورثة فانه لو اقيمت البينة بدين على الميت على واحد منهم ظهرت في حق الكل حتى
لو حضر غائبا منهم من كان وقت القضاء على الحاضر وانكر الدين على الميت لا يلتفت الى انكاره بخلاف
ما لو اقر واحد من الورثة بالدين على الميت حيث يصير عليه ولا يؤخذ به غيره من الورثة ولعمري
ان كلام المصنف رحمه الله من قوله البينة حجة مطلقة اسلم من هذا الاشكال ولله دره ما ادق
نظره قوله وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام سادفيه بحث لان
القضاء بالام يقتصر على من هي في يده حتى لو برهن غير ذي اليد على المستحق يقضى له بها والقضا
بالام انما يكون قضاء بالولد في حق من صار مقضيا عليه بها فلا يصير مقضيا عليه بالولد
لو كان في يد غيره فعدم دخول الولد في القضاء اذا كان في يد غيره لا يدل على اشتراط القضاء
بالولد لجواز ان لا يشترط ولا يدخل في القضاء بالام لان القضاء بالام لا يثبت في حق من ليس
ما في يده وهو القضاء بالولد وبالجملة ان من لا يشترط القضاء بالولد فهو يشترط القضاء بالام
والقضاء بها مقتصر على ذي اليد فكذا القضاء بالولد والله اعلم قوله وعن ابي يوسف رحمه الله
انه القضاء لا يرجع فيهما اي في الفصلين في البيع وهما فصل كون البائع حاضرا او غائبا غيبة
معروفة وفصل كونه لا يدري اين هو ولا يجوز ان يرجع ضمير قوله فيهما الى فصلي البيع والرهن حيث يأباه القياس
على مسألة الرهن في قوله او قال ارتهني فاني عبد حيث يلزم قياس فصلي البيع والرهن على فصل الرهن وفيه
قياس الشيء على نفسه وانه باطل الا ان يقال المقصود بالبيان هو عدم الرجوع في فصل البيع دون الرهن
لانه متفق عليه فقوله لا يرجع فيهما في قوله لا يرجع في فصل البيع ايضا فيصح قياسه والله اعلم
قوله فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر فان قلت
العبد ليس باهل للضمان قلت ظهر انه حر قصدا وكسائر الاحرار في صحة الضمان كذا في الشافي فان قلت

التحق

التحق العبد بسائر الاحرار في صحة هذا الضمان ولكن لا يرجع على المكفول عنه الا اذا كان الضمان
بامره فينبغي ان لا يرجع العبد هنا ايضا لان المولى لم يأمره بهذا الضمان قلنا لم يضمن هنا صريحا
وانما جعلناه ضامنا لدفع الضرر فيما وراءه يكون العبد كالمضطر في اداء الضمان ككفيل الرهن فيرجع
عليه وان لم يأمره المولى بهذا الضمان قوله بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء
عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر ضمانا
للسلامة فان قلت اذا هلك العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار وان شاء ضمن
الراهن وان شاء المرتهن فان ضمن الراهن فقد هلك بالدين وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن
بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه
فيعود حقه كما ذكر في كتاب الرهن فلو لم يكن الغرور في عقد الرهن موجبا للضمان كما اشار اليه هنا لما
رجع المرتهن الى الراهن بحكم الغرور في هذه المسألة كما لا يرجع الموهوب له الى الواهب اذا استحق الهبة وضمن
الموهوب له القيمة اجيب بان عقد المعاوضة انما يشترط لرجوع المغرور على الغار اذا لم يكن المغرور عاملا
للغار اما اذا كان عاملا له فيرجع عليه وان لم يكن المغرور في ضمن عقد المعاوضة الا يرى انه اذا استحق
الوديعة وضمن المستحق المودع يرجع على المودع الغار والوديعة ليست بعقد معاوضة والمرتهن عامل
للراهن اذ الرهن عقد استيفاء وفيه منفعة للموفي براءة ذمته والمستوفي بوصول حقه اليه اما منفعة الراهن
ارجح لانه بهلاك الرهن يصير موفيا للدين بالايفاء الحكمي ومنفعة الايفاء لا تختلف بين الحكمي والحقيقي اما
منفعة المرتهن في الاستيفاء الحكمي دون ما في الحقيقي والمرجوح ساقط الاعتبار بمقابلة الراجح فصار
المرتهن عاملا للراهن فاذا لحقه ضمان كان قرار الضمان على الراهن بخلاف ما اذا قال ارتهني فاني عبد
اذ المرتهن لا يعمل لهذا القائل فلا يكون قوله موجبا للرجوع عليه الا في ضمن عقد المعاوضة ولم يوجد
قوله حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والسلم وقد يقال جواز الرهن ببدلهما وان كان دليلا على ان
الرهن ليس بمعاوضة بين الدين وصورة الرهن لحرمة الاستبدال لغير المثل في باب الصرف والسلم فلا يصلح
دليلا على انتفاء المعاوضة بين الدين ومالية المرهون لان المعاوضة بينهما ليس بحرام في هذين البابين لانه لا
يؤدي الى الاستبدال قوله لتضمنه تحريم فرج الام بعتقها على مولاه وقد يقال حرية الاصل لا يستلزم تحريم
الفرج فان المولى اذا استولد جاريته فجاءت بغلام كان الغلام حر الاصل مع ان فرجها لا يحرم على مولاه الا
ان يقال ان الدعوى انما لا يشترط اذا شهدوا على حريته بكونه ابن حرة وهذه الشهادة تتضمن تحريم الفرج
بلا محالة اما اذا شهدوا عليها بكونه مخلوقا من ماء حر فالدعوى فيه شرط لعدم تضمنه تحريم الفرج يشعر
بذلك لفظ الكافي حيث قال لانها لا تخلو عن حرمة فرج الام اذا شهدوا بعتقه او شهادتهم بالتبعية
الام حتى اذا خلت اي حرية الاصل عنها اي عن حرمة الفرج بان شهدوا انه ابن امته ولد له منها
من مولاها كانت الدعوى شرطا

فصل في بيع الفضولي

قوله ولنا ان التصرف تمليك اي تصيير هو محل الغير مالكا وقد احتسب بها عن تصرفه هو اسقاط كاعتاق عبد الغير

بغير اذنه فانه باطل من الابتداء لا يتوقف على اجازة المالك كذا في الشاهان وذكر المص رحمه الله
في فصل المشيئة ان قال لها طلقي نفسك ان شئت طلقتك ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق
لانه الا بانه من الفاظ الطلاق الا يرى انه لو قال ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال
الزوج قد اجزت ذلك بانت الى ان قال بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا يرى انه
لو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج قد اجزت لا يقع شيء فهو نص بان الاجازة فيما يتوقف
على الاجازة وهي من الكنايات وبهذا صرح الشارح فيما لو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها
ثلاثا لم يقع شيء عند ابي ح حيث قال ولابي ح رض الله عنه انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت
مبتدئة فيتوقف ايقاعها على اجازة الزوج كما لو قال طلقي نفسك فطلقت ضرتها وذكر في فوائد المحيط
لو قال للفضولي بيس ما صنعت يكون اجازة في البيع والنكاح والطلاق وغير ذلك وفي فتاوى القاضي
الامام ظهير الدين اذا قال لا ابطلق لا ابطلق فطلق فضولي فاجاز ذلك قولا وفعلا فالجواب فيه نظير الجواب
في النكاح فضولي قال لامرأة الغير ان دخلت الدار فانت طالق فاجاز الزوج فدخلت طلقت
وسئل صاحب المحيط ان من اعتق عبد الغير فقال المولى بر وصل يكون اجازة فقال لا لانه
بمنزلة قوله بالى بيت وكذا قال لعبده وعبد غيره هذا وهذا لا يعتق عبده وان كان الاعتاق
لا يتوقف في عبد الغير اعتق عبده كما لو جمع بين عبده وبين ما لا يقع العتق عليه من حيد او اسطوانة
وكذا لو قال لامرأة رجل جعلت امرك بيدك فقالت اخترت نفسي فاجاز الزوج لم يقع الطلاق ولكن
يصير الامر بيدها فهذه المسائل تدل على ان اعتاق الفضولي وطلاقه يتوقف على الاجازة كبيعه
واجازته فما ذكر في الشاهان يحتاج الى مزيد تنبيه هذا مع ان نكاح الفضولي ينعقد باتفاق علمائنا
وقد صرح المص رحمه الله في كتاب الوكالة ان النكاح من الاسقاطات حتى لا يرجع الحقوق فيه الى الوكيل
فالظاهر انه اراد بقوله تصرف تمليك انه تصرف يمكن تمليكه من الغير وما شرع نيابة وفيما احترز
عن تصرف لا يجري النيابة فيه او هو احتراز عن الشراء فان شرى الفضولي لا يتوقف بل ينفذ
على المشتري قوله تصرف تمليك اي تصرف هو تمليك لا تصرف هو تملك والشراء تصرف تملك
بخلاف البيع فانه تمليك قوله يكون موته في الحال كما ذكرنا كذا في كردي نقلا كافيا مع تنبيه
قوله كيف وان الاذن ثبت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع وقد يقال اذا كان الفضولي
ماذونا في النكاح الموقوف دلالة يشكل بما ذكره في الذخيرة من الفرق بين الوكيل بالنكاح والفضولي
فيه حيث قال لو ان الوكيل زوج امرأة بغير اذنها ثم زوج اختها باذنها او بغير اذنها كان نقضا
للنكاح الاول ولو ان الفضولي زوج امرأة ثم زوج اختها لا ينقض نكاح الاولى ويتوقف في نكاح
الثانية كالاولى حتى اذا جاز نكاح الاولى او الثانية صح اجازته والفرق ان العاقد متى كان وكيلا
ولم ينقض نكاح الاولى بنكاح الثانية صار النكاح جامعا بين الاختين عقدا لان عبارة الوكيل
في النكاح منقولة الى الموكل فصار بين الاختين لا عقدا ولا ملكا لان عبارة الفضولي مقصورة

عليه بهذا الكلام فلو كان الفضولي ماذونا في النكاح الموقوف دلالة وجب ان ينقل عبارته
الى الامر لان كلام المامور في النكاح ينتقل الى الامر فيصير جامعا في المسئلة المذكورة بين الاختين
فان لم ينتقض نكاح الاولى من حيث ان الفضولي لا يملك النقض صريحا فكذا دلالة وجب ان لا ينعقد
نكاح الثانية كيلا يصير جامعا قوله والمتعاقدان بحالهما اي لم يتغيرا عن اهلية التصرف حتى لو
كانا عاقدين وقت العقد ثم جن احدهما فاجاز المالك لا ينفذ العقد قوله لان الاجازة
تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه لا يقال هذا يقتضي
ان يشترط بقاء الفضولي في النكاح ايضا عند الاجازة والمسئلة بخلافه فان الرجل لو زوج ابنته
الصغيرة من ابن كبير لرجل بغير اذنه فاجاز عند ابوه ثم مات ابو الصغيرة قبل ان يجيز الاب
النكاح يبطل النكاح ولو كان مكان الصغيرة كبيرة زوجها بغير رضاها والمسئلة بحالها لا يبطل النكاح
بموت الاب فهذا دليل على ان بقاء الفضولي في النكاح ليس بشرط لصحة الاجازة لانا نقول الفضولي
في عقد النكاح ليس بعاقد حكما بل هو سفير ومعبر حتى لا يرجع الحقوق اليه فان عبر فقد صار اجنبيا
فموته لا يؤثر في انعدام العقد قوله لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة فان قلت
من كفل عن رجل بغير امره لا يرجع عنه بما ضمن وان اجاز المكفول عنه بعد ذلك فلو كانت الاجازة اللاحقة
كالاذن السابق لرجع عليه بعد اجازته كما لو امره بالكفالة ابتداء اجيب بان الاجازة اللاحقة انما تكون
كالامر السابق فيما يحتاج فيه الى الامر كبيع مال الغير فاما فيما لا يحتاج اليه كالكفالة فلا لانه نافذ قبل
الاجازة وبعد ما نفذ فالاجازة وعدمها سواء فلا تؤثر الاجازة في كونها موجبة للرجوع لانها لما
نفذت وقعت غير موجبة للرجوع فلا ينقلب موجبة بعد ذلك ثم يشكل بان الاجازة اللاحقة لو كانت
كالوكالة السابقة لزم ان لا يملك الاجازة الا من يملك التوكيل وليس كذلك فان الوكيل لا يملك التوكيل
ويملك الاجازة وكذا القاضي لا يملك الاستخلاف ويملك الاجازة على ما سيجيء في ادب القاضي قوله
وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة قلت وكذلك للمشتري ان يفسخ قبل الاجازة وانما خص الفضولي
بالذكر لبيان التفرقة بين الفضولي في البيع والفضولي في النكاح من حيث ان الاول يملك الفسخ والثاني
لا يملك واما الطرف الاخر وهو المشتري في البيع والمرأة او الرجل في النكاح فلا يفترقان في ولاية الفسخ
بل يملك كل واحد فسخ العقد قوله بخلاف الفضولي في النكاح حيث لا يملك الفسخ بالقول ويملك
الفسخ بالفعل بان زوج رجل امرأة برضاها قبل اجازة الزوج زوجه اختها كان نقضا للنكاح الاول
كذا في الحاشية العلامية وانه يخالف رواية الذخيرة فانه نص بان الوكيل بالنكاح اذا زوج امرأة بغير
اذنها ثم زوج اختها باذنها او بغير اذنها كان نقضا للنكاح الاول ولو ان الفضولي زوج امرأة ثم زوج
اختها لا ينتقض نكاح الاولى ويتوقف نكاح الثانية كالاولى الى اخر ما ذكرنا في الذخيرة فما في الحاشية يحتاج
الى تامل قوله لانه سفير محض فان قلت الوكيل بالنكاح اذا زوج امرأة بغير اذنها زوجها ابوها فلم يبلغها
حتى نقض الوكيل النكاح بغير محضر منها ولا من ابيها ولا من زوجها جاز نقضه مع ان الوكيل ايضا سفير في باب النكاح

لا يرجع لحقوق العقد اجيب بان نقض النكاح الموقوف فسخ من وجه وامتناع من اتمام العقد من وجه
والعمل بالشبهين في حق الوكيل والفضولي متعذر لما بينهما من التنافي فعملنا بشبه الفسخ في حق الفضولي
والفضولي متعذر لما بينهما من التنافي فعملنا بشبه الفسخ في حق الفضولي فلم نجوز ذلك منه لانه فسخ عقد
غيره وهو ليس بوكيل عنه وفسخ عقد غيره لا يجوز الا بتفويض من العاقد ولا عمالة على الفضولي وعملنا بشبه
الامتناع في حق الوكيل وجوزنا ذلك منه لان له ولاية الامتناع ولم نعكس لانا لو عملنا بشبه الامتناع
في حق الوكيل وجوزنا ذلك منه لزمنا تجويزه في حق الوكيل لان الوكيل لما نائب عن الموكل اعلى حالا
من الفضولي كذا في الذخيرة في كتاب النكاح وقد يشكل بانه ذكر في الذخيرة بعد هذا ان عبارة الوكيل في النكاح
ينتقل الى الموكل في العقد الموقوف والنافذ وعبارة الفضولي يقتصر عليه وبنى على ذلك مسائل عرف
في موضعها فلا يبعد ان يجوز فسخ الفضولي ولا يجوز فسخ الوكيل لان عبارته لما انتقلت الى الموكل صار اجنبيا
بمجرد العقد وصار كان الموكل باشره بنفسه ولو باشره الموكل لم يكن للوكيل فسخه فكذا لو باشره الوكيل
اما الفضولي فعبارته لما كانت مقتصرة عليه كان الاصل في هذا والاصل يملك فسخ العقد الموقوف فكذا
الفضولي فلو عكسنا الامر وجوزنا ذلك في حق الفضولي لم يلزمنا تجويزه في حق الوكيل فلا يبطل العمل به
بالشبهين والله اعلم قوله وان كان عرضا معينا انما يصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا
وقد يجيء الفرق بين الاقالة والاجازة فان بقاء العقد يشترط لهما ثم يكفي للاقالة في باب المقايضة
بقاء احد العوضين كما مر ولا يكفي للاجازة بقاء احدهما فيه بل لا بد من بقاء العوضين كما يشير اليه قوله
ايضا اشتراط بقاء العوضين لصحة الاجازة فيما اذا كان الثمن عوضا معينا مشكل لان العقد يعتبر
من حيث انه شراء من وجه ينفذ على الفضولي ولا يتوقف العقد على اجازة مالك المبيع بل يصير الفضولي
اصيلا في هذا الطرف ويكون مشتريا لنفسه غير انه نقد الثمن من مال الغير فيتوقف على الاجازة النقد
لا العقد فاذا اجاز كان اجازة النقد لا اجازة العقد على ما ذكر في الكتاب وهو كان العقد نافذا
على الفضولي لم يشترط للاجازة بقاء العقد لبقاء المعقود عليه لعدم احتياجه الى الاجازة فلما
فلا يشترط بقاؤه فاما صار الفضولي مشتريا بالنفس لاجازة النقد بل يشترط لها بقاء النقود باعتبار
ان اجازة العقد اقراض من المالك حتى يجب على العاقد رد مثله او قيمته اليه ولا بد للاقراض من وجود
العرض وجوابه ان الفضولي في المقايضة وان صار مشتريا لنفسه بمال الغير لكن نفاذ الشراء عليه
يتوقف على اجازة النقد من مال الغير لانه لو لم يكن المالك نقد الفضولي من ماله لخلا العقد عن العوض
لتعين مال الغير وقد خرج عن العوضية عند عدم الاجازة واذا خلا عن العوض بطل الشراء
لانعدام ركنه وهو مبادلة المال بالمال واذا بطل لم ينفذ على الفضولي فيتوقف نفاذه على
اجازة النقد ونفاذ العقد يستدعي بقاءه وبقاؤه يستدعي بقاء المعقود عليه قوله ضمن
لا اجازة عقد ولما اجاز المالك البيع كان موضا ملكه للفضولي وكان الفضولي مستقرضا في ضمن
الشراء فيحكم بصحة الشراء وان كان الاستقراض مقصودا لا يصح الا في المثليات قوله لانه اي

بيع

بيع العوض بالعوض شراء من وجه لان كلا من العوضين ثمن من وجه مبيع من وجه اذ لا بد للبيع من المبيع
والثمن وفي العرض بالعرض ولا يتعين احدهما للثمنية فيجعل كل منهما ثمنا بالنسبة الى الآخر فيكون شراء
من وجه فان قلت ما لهم اعتبروا جانب الشراء دون البيع قلت لان الاصل ان يتصرف الانسان
لنفسه ولا يكون متصرفا لنفسه الا باعتباره شراء فرجح جانب الشراء بهذا الاصل قوله لانه يتوقف على اجازة المولى
بنفسه فلا يجوز باجازة غيره فان قلت يشكل بامة زوجت نفسها بغير اذن مولاها ثم مات المولى فانه ينفذ
باجازة الوارث اذا لم يحل وطؤها له قلنا لا نسلم ان نكاح الامة يتوقف على اجازة المولى بل على سقوط
حق من له الحق الا يرى انها لو اعتقت ينفذ نكاحها ايضا ولو توقف على اجازة المولى لما نفذ
اذ الموقوف على شيء لا يتحقق الا بتحقق ذلك الشيء وذلك لان الامة مالكة للنكاح بنفسها لانها
مبقاة على الحرية في امر النكاح انما التوقف لحق غيره فاذا سقط حقه نفذ نكاحها اما بيع الفضولي
فيتوقف على اجازة من هو مالك وقت العقد للحاجة الى صيرورة الفضولي وكيلا من وقت العقد
لينفذ العقد من ذلك الوقت ولن يصير وكيلا من ذلك الوقت الا باجازة من هو مالك وقت
العقد والوارث يملك ملكا مقتصرا فلا يصير باجازته وكيلا من وقت العقد فلا يعتبر اجازته اما
نكاح الامة فلا يتوقف على الاجازة ليصير وكيلا بنكاحها من حين العقد لانها مالكة للنكاح كالحرة بل يتوقف
عليها ليسقط حق من له الحق والمولى وغيره في ذلك سواء واما اذا كانت الامة ممن يحل وطؤها للوارث فانه
لا يجوز نكاحها باجازته لان نكاحها يبطل بمجرد الانتقال الى ملك الوارث لان بضعها يدخل في ملكه والملك
الثابت اذا طرأ على ملك موقوف ابطله قوله لان الشك وقع في شرط الاجازة وما قال لان الاصل هو
البقاء قلنا الظاهر لا يكفي للاثبات والحاجة الى اثبات الاجازة فلا يثبت بالظاهر قوله
قال محمد رحمه الله لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك فان قلت يكره للمشتري ان يطأ الامة اذا كان
اعتقها قبل ان يجيز المالك بيعها عند محمد رحمه الله قلت يجب ان يكره كما لو تزوج عبد امرأة
بغير اذن سيده وطلقها ثلاثا ثم اجاز سيده هذا النكاح ثم اذن له فتزوجها يكره له التزوج بها عنده
الى محمد رحمهما الله كذا ههنا فينبغي ان يكره الوطء للمشتري عند محمد رحمه الله قوله لان الغصب غير
موضوع لافادة الملك وانما يثبت الملك ضمنا لوجوب الضمان فلا يظهر في نفاذ العتق فان قلت
يجب ان لا يظهر في نفاذ بيعه ولا في تضمينه اذا صح في الثانية المغصوبة ثم ادى الضمان وجب
نفاذ بيعه وصحت تضمينه ثم ان اعتاق الغاصب انما لا يصح فان ادى الضمان لان الاعتاق
يستدعي ملكا مطلقا ولا يكفيه الملك الثابت بالاستناد اجيب بان الغصب لما كان
غير موضوع لافادة الملك لم يثبت به الملك قبل اداء الضمان لا باتا ولا موقوفا وانما
يثبت الملك بعد اداء الضمان كما في البيع بشرط الخيار ولا بد لصحة الاعتاق من الملك
ولو موقوفا اما البيع والتضمين فيكفيه الملك المستند قوله لان الاجازة تثبت للبائع ملكا باتا
فاذا طرأ على ملك موقوف ابطله وهذا لانه لا يتصور اجتماع الملك البات والموقوف في محل واحد

يكره الوطء بعد الاجازة

ولان حكم السبب لا يمكن اثباته باعتبار الملك الحادث فحكم السبب ثبوته للمشتري من وقت العقد
وانما يتأتى ذلك باعتبار ملك من كان مالكا وقت العقد وقد زال الملك بالاباحة فلو نفذ باعتبار
الملك الحادث ينفذ مقصورا على الحال وحكم السبب ليس هذا فان قيل يشكل بما اذا باع الغاصب ثم
ادى الضمان نفذ بيعه وان طرا الملك البات للغاصب على ملك الموقوف للمشتري قلنا ثبوت
الملك للغاصب ضروري فلم يظهر في ابطال ملك المشتري كذا في الشروح او نقول ملك الغاصب
يثبت حالة الغصب لوجوب الضمان عليه فتعين الفوات فينتقل الملك الى الغاصب الا انه
غير متقرر وعند اداء الضمان يتقرر ثم يستند هكذا ذكر بعض المشايخ كذا في
في الشاهان وفيهما نوع وكذا ما في الاول فلان ملكه اذا لم يظهر في ابطال ملك المشتري
لكونه ضروريا يلزم ان لا يظهر في نفاذه من الغاصب ايضا وجوابه ان نفوذ البيع الموقوف
اهون من ابطاله اذ بالنفاذ لا يبطل الا الوصف السابق وبالابطال يرتفع اصل البيع
مع حكمه فكان اسهل من الابطال فجاز ان يكتفي بالملك الضروري لنفاذ البيع من الغاصب ولا يكتفي
به لابطال العقد الموقوف واما في الثاني فلان الغاصب اذا كان يثبت بمجرد الغصب على قول
بعض المشايخ فلا شك انه يتأكد عند الضمان بعد ما كان على شرف السقوط والتأكيد حكم
الايجاب على ما عرف في نصف الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا فينبغي ان يبطل ملك المشتري من
من الغاصب بتأكد الملك له عند اداء الضمان كما يبطل بطريان حقيقة الملك وجوابه ان التأكيد
انما كان حكم الايجاب فملك المشتري من الغاصب عند من يقول بثبوت الملك حالة الغصب ليس بملك
موقوف حتى يبطل بطريان تأكد الملك للغاصب بحكم ان التأكيد حكم الابتداء بل ملكه ايضا بات
غير متقرر لانه يتلقى الملك من الغاصب فيثبت له الملك كثبوته له ومتى تقرر في حق الغاصب تقرر في حقه
ايضا فهذا ليس من طريق طريان الملك البات على الموقوف نعم يشكل بان حكم البيع ثبوت حقيقة
الملك للمشتري من وقت العقد بحيث يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وهذا لا يتأتى في
في بيع الغاصب لان حقيقة الملك لا يثبت للغاصب حتى لا يستحق المغصوب بزوائده المنفصلة فكيف
يثبت للمشتري الذي يتلقى الملك منه حقيقة الملك فانه اذا لم يتحقق حكم البيع في بيع الغاصب وجب
ان لا ينفذ البيع منه وجوابه ان اصل الحكم للبيع هو ملك المبيع اما ملك الزوائد فكالوصف له فبيع
وهنا ان كان لا يملك كخصوص وصف الحكم امكن تحقق اصله فيجب القول بصحة البيع والا يلزم ابطال
الاصل لرعاية الوصف وذا باطل قال الشارح فان قيل لما كان طرو الملك البات يبطل الموقوف
بعد الثبوت فاولى ان يمنع لان المنع اسهل فيجب ان لا ينفذ بيع الفضولي لان للمالك ملكا باتا
قلنا البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي والمنع انما يكون بعد الوجود اما
اما المالك اذا اجاز بيع الفضولي يثبت للمشتري ملك بات فابطل الموقوف لانه لا يتصور اجتماعهما وهكذا
ذكره الشاهان فقال الملك الموقوف للمشتري من الفضولي ما ظهر في حق المالك فصار كانه غير موجود

اما

اما ههنا فالملك للمشتري الثاني صار موقوفا من جهة الاول فاذا ظهر الاول ملك بات بطل ما ثبت
من العقد المثبت للملك الموقوف وههنا لم يوجد من المالك عقد يوجب الملك الموقوف فكيف
يظهر الابطال هذا لفظه وفيه نظر اما اولا فلما مر في هذا الفصل ان الاذن من المالك
ثابت في عقد الفضولي دلالة بعلة ان هذا التصرف نافع والعاقل ماذون في المنافع فكان
ظاهرا في حقه ايضا فيصح البائع الموقوف في حقه واما ثانيا فلان الملك الموقوف ان كان
لا يظهر في حق المالك لعدم ظهور عقد الفضولي في حقه فلا ريب ان الملك البات للمالك ظاهر
في حق المشتري لظهور سبب ملكه في حقه فيلزم اجتماع الملكين في حق المشتري ان كان لا يلزم
في حق المالك الا ان نفاذ البيع يلزم عن ملك المالك في حق المشتري من الفضولي خروجا موقوفا
ويدخل في ملكه دخولا موقوفا اعمالا للعقد الظاهر في حقه الموجب لخروج المبيع عن ملك المالك
ودخوله في ملك المشتري بقدر الامكان فلا يجتمع الملكان في حق المشتري ايضا واما ثالثا فلان
الملك الموقوف بالبات لا يحتاج الى ظهوره في حق من يثبت له البات وهذا يصلح جوابا عن اصل السؤال
ايضا اذ البيع الموقوف لما كان موجبا لخروج المبيع عن ملك المالك ودخوله في ملك المشتري وكان خروجا موقوفا
ودخولا موقوفا لم يجتمع هناك الملك البات مع الموقوف بخلاف المشتري من الغاصب اذا باع من غيره ثم
اجيز بيع الغاصب اذ لو نفذ بيع المشتري منه لاجتمع الملك البات للمشتري والموقوف للمشتري من المشتري
في حالة واحدة حيث ثبت الملك البات للمشتري من الغاصب بنفاذ بيعه ثم لو ثبت الملك البات للمشتري
منه لثبت بعد ثبوته للاول وبمجرد ثبوته له بطل ما كان للمشتري الثاني من الملك الموقوف واذا بطل لم
يصر باتا بالضرورة لما شرية عقد يوجب الملك الموقوف الا يرى ان الامة لو تزوجت بغير اذن المولى
ثم ماتت وورثها من يحل له وطؤها او اشتراها من يحل له الاستمتاع بها بطل النكاح بطريان الملك
البات للوارث او المشتري على الموقوف للمتزوج مع ان هذا الملك الموقوف للمتزوج لم يظهر في حق الوارث
والمشتري بمباشرتهما العقد الان نفاذ الملك الموقوف كما يظهر في حق الفضولي يظهر في حق كافة
الناس سوى المالك لان العقد صدر من الاهل في المحل مع جميع شرائطه فحق القول بانعقاده في حق
الكل الا انه لا يظهر في حق المالك ضرورة صيانة حقه والضرورة في حق غيره فيبطل الملك الموقوف اذا
ملكه الغير ثم يشكل ههنا بان الامة لو تزوجت بغير اذن مولاها ثم اعتقت نفذ نكاحها مع انها
بالاعتاق تملك بضعها كما ذهب اليه الاشارة في النبوة بقوله ثم ملكت بضعك فاختاري وملك الزوج عليها
كان موقوفا فينبغي ان يبطل بطريان الملك البات للوارث وجوابه ان القياس يقتضي ان لا يصح
الاجازة وهو قول محمد رحمه الله الا انهما يقولان انها استحسانا ان التبعية الاولى لو بطلت لا
لاعادوها بالتراضي فقد تراضوا على هذه التبعية فصار كانهم اعادوها قوله ولان فيه
عدد الانفساخ فان قلت فلذا البيع بالغور لا يوجب عدم النفاذ باجازة البيع الاول لجواز ان ينعقد
على وجوه الفساد ليس كما ينبغي وايضا في البيع الاول ايضا عدد الانفساخ على تقدير اجازة الثاني

مع انه صحيح وايضا لو اجاز المالك البيع الثاني نفذ على وجه الصحة فلو كان فيه غرر الانفساخ لزم ان لا ينفذ
من المالك على وجه الصحة اجيب بان المطلوب هنا هو اثبات ان البيع الثاني لا ينفذ من قبل
المشتري لا قبل القبض ولا بعده اما قبل القبض فلان البيع الثاني لو اعتبر نفاذه من قبل
المشتري الاول لكان فاسدا لما فيه من غرر الانفساخ حيث يظهر في الاخرة اي على تقدير
عدم اجازة البيع الاول انه باع ملك غيره وهذا هو المعنى بغرر الانفساخ والبيع الفاسد لا يفيد
الملك قبل القبض واما بعد القبض فلما مر ان باجازة البيع الاول يثبت للمشتري الاول ملك بات
وطرو الملك البات يبطل الموقوف فقوله لما ذكرنا تعليل لعدم نفاذ البيع الثاني الملك
فيما بعد القبض وقوله لان فيه غرر الانفساخ تعليل له فيما قبل القبض وبما ذكرنا ان الكلام
في نفاذ البيع الثاني من قبل المشتري الاول دون المالك وان معنى الغرر هو ان يظهر
في الاخرة انه باع ملك غيره يسقط جميع الشبهات التي ذكرنا يعرف بالتامل قوله
اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري الخ يعني ان الشراء سواء البدل انما يعتبر في حق
من كانت البدلية ثابتة في حقه وانها ثابتة في حق المالك دون المشتري فيتحقق الفوات
في حق المشتري من كل وجه فلا يعمل الاجازة حيث انه باق في حق المالك ولكن البقاء
في حقه يقتضي ان ينفذ الاجازة وعدم البقاء في حق المشتري يقتضي ان لا ينفذ
فوقع الشك في نفاذه ولم يكن نافذا فلا ينفذ بالشك قوله ومن باع عبد غيره
بغير امره اي باع عبد غيره ثم ادعى المشتري انه باعه بغير امره ثم انكره البائع او
او مضاه بغير امره على زعم المشتري وانما قلنا ذلك لان البيع اذا كان بغير الامر
في الحقيقة وباتفاق البائع والمشتري فلا معنى لاقامة البينة على الاقرار الى اخر ما ذكر قوله
للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه لصحته على وجه اللزوم والنفاذ ان الظ
من حال المسلم مباشرة العقد الصحيح النافذ ثم المشتري يدعي عدم الامر يدعي عدم الامر
بعد الاقرار بالامر فكان متناقضا فلم تصح الدعوى والبينة انما تصح اذا ترتبت على دعوى
صحيحة او نقول اقدام المشتري على الشراء اقرار باللزوم والاقرار باللزوم اقرار منه بانه بعد
بعد الامر فكان اقرار البائع بعدمه ينافي اللزوم فكان متناقضا في دعوى اقرار البائع بعدم اللزوم
فلا يعمل فان قلت التناقض في امر خفي لا يمنع الدعوى كالمختلعة تقيم البينة على الطلاق قبل الخلع
والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة ولا خفاء ان اقرار البائع بانه لم يأمره بالبيع
ربما يخفى على المشتري لاستبداده بذلك اجيب بان المنع اذ العادة جارية باستشارة المالك عن
بيع المالك الغير فيعرف المشتري على اقرار البائع بالامر او بعدمه ولا يخفى ذلك عليه ثم نقل هذا
بان احد الورثة لو ادعى دينا في التركة بعد القسمة صحت دعواه مع ان الدين يمنع صحة القسمة فلم
تعتبر الاقدام على القسمة اقرارا بصحتها ولزومها واعتبر الاقدام على الشراء اقرارا بالصحة ونفاذه

والفرق مشكل وايضا اذا اختلف المسلم اليه ورب المال في الاجل فادعاه احدهما وانكره الاخر
فان هما اقام البينة قبلت بينته وعلى قياس ما ذكر هنا يجب ان لا تقبل بينة من انكر الاجل للتناقض
في دعواه الفساد لعدم الاجل اذ الاقدام على السلم اقرار منه لصحته فيكون دعوى الفساد بعد
ذلك متناقضا وتحقيق ذلك ان العاقد ليس بمقر لصحة العقد ونفاذه حقيقة الا انه جعل في حكم
مقر به نظرا الى الظاهر حال لكن لا مطلقا بل موقتا الى ان يثبت الفساد والتوقف بالبينة ولا
ولا منافاة بين جعله مقرا في الشرع الى ان يترتب الفساد والتوقف وبين دعواه الفساد بعد
ذلك ليبرهن عليه فيتمكن من فسخ العقد قوله ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة
على اقرار البائع انه للمستحق قبل برد به ان المشتري متناقض في مسئلة الزيادات ايضا اذ هو
بالاقدام على الشراء اقر بانه ملك البائع وان البائع لم يقر انه للمستحق ثم يدعواه اقرار البائع انه
للمستحق يدعي خلاف ما اقر به اولا ومع ذلك لم يجعل متناقضا فاشار الى الفرق بقوله وفرقوا
الى اخره وكان هذا الفرق لضعفه غير مرضي فاحال على غيره وصحيح الفرق ما ذكر في زيادات
الامام قاضي خان ان المشتري غير متناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد ولا ملك الثمن للبائع
فان بيع ملك الغير ينعقد وانما ينكر وصف اللزوم بعد الاقرار حيث الظاهر فكان متناقضا
من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في الفصل الاول لانه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن الاتي
في الثاني فانه يفيد فائدة الرجوع به عملا بالشبهين وفيه نظر للقطع بان فائدة الرجوع حاصل
في الفصل الاول ايضا على تقدير فسخ البيع وذلك انه لو لم يجعل متناقضا وقبلت بينته على اقرار
البائع انه لم يأمره بالبيع ثبت اقراره بالبينة والثابت بالبينة كالثابت معاينة وفيه اذا ثبت اقراره
به عند القاضي معاينة يحصل فائدة الرجوع بالثمن اذا سلم على المشتري فكذا اذا ثبت بالبينة نعم
في الفصل الاول لو لم يجعل متناقضا لم يتمكن من الرجوع بالثمن بدون فسخ البيع ولكن الحكم
في الفصل كذلك لما عرف ان البيع لا ينفسخ بثبوت الاستحقاق بل يجب وقفه على اجازة المستحق
فان اجاز فلا رجوع له على البائع وان فسخ يرجع فاستوى الفصلان في جواز الرجوع بالثمن عند
فسخ العقد وقال في العوائد الظهيرية قال بعض مشايخنا ما ذكره محمد رحمه الله في الجامع الصغير محمول
على ان المشتري اقام البينة على اقرار البائع قبل البيع اما اذا اقام بينة على اقرار البائع ان رب العبد
لم يأمره بالبيع بعد البيع فيقبل بينته لان اقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع
بعدم الامر قبل البيع اما لا يناقض دعواه اقرار البائع بعدم الامر بعد البيع وقال ومسئلة الزيادات
يجب ان يكون محمولا على هذا ايضا قوله فادخلنا في سائر ما الفناه في هذا الفصل اذا الجواب لا يختلف
فيما اذا بقي فيها او لم يبق **باب السلم** وهو اخذ عاجل باجل واختص بهذا الاسم
لاختصاصه بحكم يدل الاسم عليه وهو تعجيل احد البدلين ظاهر اذ التسليم هو الاداء والتسليم
هو الاخذ اما على تأجيل الاخر فغاية ما يمكن فيه ان السلم يقتضي عبارة عن اعطاء رأس الثمن

في اخراج السلم بتعجيل لبس بها داخل ومنها بيع السلم والتزام الثمن الزايد في العادة لا يكون
الا بمقابلة الاجل حتى في اللفظ عن تاجيل احد البدلين ايضا ثم التعريف المذكور يصدق
على بيع عين بدين مؤجل فانه اخذ عاجل باجل وايضا الاجل في السلم هو المسلم فيه بيع
لما روى انه عم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والعاجل فيه هو راس المال
ثمن والباء ادخاله في الثمن فينبغي ان يقال في تعريفه هو بيع اجل بعاجل فكانه سكت
الشيخ رحمه الله مكل الغلب على كون عرض الربا فيه على العوض والتطبيق فيه الاشعار بان راس المال
وان كان ثمنا فقد اجل بها بالبيع حتى لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه كما لا يجوز ذلك فيما هو بيع
وسيجي تحقيقه ان شاء الله تعالى **قوله** السلف المضمون اه اطلق السلف على السلم لان
السلف ينبي عن التقدم وفي السلم يتقدم راس المال كذا في الحاشية ووجه انباه عن التقدم ان السلف
في اللغة ذكره بعض انه ينبي عن التقدم وتقدم احد البدلين انما يكون بتعجيله وتاجيل الاخر
ثم وصف السلم المضمون لكون المعقود عليه فيه وهو المسلم فيه مضمونا اي واجبا في الذمة ولا
فالسلف عبارة عن العقد وانه ليس بواجب في الذمة **قوله** وبقوله تعالى اذا تداينتم بدين
اي تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه ذكر الدين ليرجع الضمير اليه في قوله فاكتبوه اذ لو لم يذكر لوجب ان
ان يقال فاكتبوه اما الدين فلو لم يكن النظم لذلك الجنس كذا في الكشاف وفيه نظر لجواز
ان يقال اذا تداينتم الى اجل فاكتبوه بجعل الضمير للمداينة المدلول عليه بقوله تداينتم
او الدين المفهوم من تداينتم على ما اعدلوا هو اقرب للتقوى وللاجل المسمى المذكور **قوله**
اذ المبيع هو المسلم فيه ودليله ما روى انه عم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم
فهذا يدل على ان السلم بيع ما ليس عنده ولا يكون كذلك الا ان يكون المبيع هو المسلم فيه لان
راس المال موجود مقدور التسليم وايضا الدراهم والدنانير يتعينان راس المال وانهما
لا يصلحان مبيعين فعلم ان المبيع هو المسلم فيه فان قلت فكيف قيل في تعريف السلم هو
اخذ عاجل باجل فانه ينبي عن كون الاجل وهو المسلم فيه ثمنا لدخول الباء التي تدخل على الاثمان
عليه اجيب بان المسلم فيه وان كان مبيعا وراس المال ثمنا في الحقيقة لكن للمسلم فيه شبهة
بالثمن ولراس المال بالمبيع على ما عرف فعرفوه بالتعريف المذكور اعتبارا للشبه **قوله**
لان التصحيح اه لكن في محل اوجب العقد فيه يشكل بما اذا باع الخمر بالثوب حيث جعل الخمر ثمنا
صحيحا للتصرف بقدر الامكان وقد مر في الكتاب فقد صحح العقد بتعيين المحل الذي اوجب
العقد فيه ويمكن ان يجاب بان التصحيح بتعيين المحل انما لا يجوز اذا كان فيه تغيير الاصل
التصرف كما في اسلام التوسل الدراهم لان التصحيح فيه بتعيين المحل بجعل السلم بيعا والبيع
مع السلم صرفان متغايران حتى يشترط للسلم ما لا يشترط للبيع وبالعكس فلا ينعقد البيع
فلا يصح على وجه يغير اصل التصرف اما بيع الخمر بالثوب فتصحيحه بجعل الخمر ثمنا لا يغير اصل التصرف كما

في اسلام الثوب في الدراهم هذا ولكن من جعله بيعا فقد جعل اسلام الثوب مثلا في الدراهم
فيها ما اوجب العقد في الدراهم بل في الثوب من الابتداء الا بطريق التغير اذ التغير انما على حقيقة
اللفظ لا على المجاز والمراد هو المجاز دون الحقيقة **قوله** وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها
بذكر الذرع والصفة وفي الايضاح وانما جوز السلم في الثياب استحسانا لانها مصنوع العباد
والعبد يصنع بالالة فاذا اتحد الصانع والالة يتحد المصنوع ولا يبقى بعد ذلك الا قليل تفاوت
وقليل التفاوت يحتمل في المعاملات ولا يحتمل في الاستهلاك فان الاب لو باع بغبن يسير كان
كان محتملا ولو استهلك شيئا يسيرا وجب عليه الضمان **قوله** يصير مكيلا باصطلاحهما قلت
فيجب ان لا يجوز بيع كيل منها بكيلين منه لانه بيع الكيل كيلا مع التفاضل عند اتحاد الجنس
قوله ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباقية فيفضي
الى المنازعة وقد يشكل بان الجوز ثبات يتغير عند اتحاد الجنس فيمة الجمع وعلله المص رحمه الله في كتاب
الغصب بان التفاوت في الحيوانات يحصل عند اتحاد الجنس وقال هنا ان فيها تفاوتا فاحشا
فلا بد من التوفيق وبيان الفرق بين جواز الغصب في الحيوانات وعدم جواز السلم فيها
توضيحه انها ان كانت مما يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا كما اشار اليه هنا وجب ان لا يصح
الغصب لعدم المعادلة وان كان مما لا يتفاوت احاده كما اشار اليه في الغصب يصح السلم لان التفاوت
اليسير متحمل فيه وجوابه ان السلم عرف جوازه بالنص بخلاف القياس والنص اعني قوله عم من اسلم
فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم ورد في المكيل والموزون فلا يلحق به الا
ما كان في معناهما كالثياب التي تنسج على منوال واحد والحيوانات ليست في معناهما لان التفاوت
فيها وان كان يحصل بالنسبة الى بني ادم حتى يكون الذكر والانثى من بني ادم جنسين ومن الحيوانات
جنسا واحدا فهو اكثر مما في الثياب المنسوجة على نسق واحد على ما لا يخفى فلا يلحق بالمكيلات فيبقى
على القياس ولما كان التفاوت قليلا في الحيوانات بالنظر الى ذاتها صح الغصب فيها بالجمع لامكان
المعادلة عند اتحاد الجنس وقلة التفاوت هذا في الجواب وحصل التوفيق **قوله** لو منقطعا فيما بين
ذلك وقد يحتاج الى الفرق بين هذا وبين اشتراط الكمال في نصاب الجواب فانه يعتبر
فيه اوله واخره فلا يشترط الكمال فيما بين ذلك وكذا ورد الدم في الحيض يشترط في اوله
واخره لا فيما بين ذلك وكذا في تعليق الطلاق حيث يشترط الملك في اوله واخره الا فيما بين
ذلك والفرق ان اشتراط الكمال في النصاب جميع السنة يشق اعتباره لانه مال مثل التجارة
والسوائم في العامي في معرض التلف وكما يزداد بالتوالد يستهلك باسباب تودي الى التلف
ولا يمكن للمالك ان يطلع عليها كل ساعة وكذا الدراهم والدنانير تنتقص بالغلب والتصرف
فيه فيتعسر عليها ساعة فساعة فيشق اعتبار الكمال في اثناء الحول فاعتبر الاول والاخر وكذا
في مسألة الحيض تعذر اعتبار الدرور في جميع المدة لانها لا تدر جميع المدة عادة بل تدر مرة وتنقطع

اخرى فاعتبرنا الاول والثاني واما مسئلة التعليق فالملك انما يشترط عند التعليق فيما لا يستيقن بوجود
الملك عند وجود الشرط ليصير الجزاء غالب الوقوع عند وجود الشرط فيفيد التعليق فائدة
من حمل او منع وعند وجود الشرط لينزل الجزاء ولا وجه لاشتراطه فيما بين ذلك وفي مسئلتنا
الموجب لاشتراط القدرة فيما بين العقد والمحل موجود وهو احتمال وجوب التسليم فيما بين
ذلك بان يصير السلم حالا بموت المسلم فيه ولا تعذر في اشتراط القدرة على التسليم فيما بين العقد والمحل
فلا بد من اعتباره قوله وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان موجودا وقت المحل سواء كان موجودا
عند العقد او لم يكن وسواء كان منقطعا فيما بين ذلك او لم يكن قوله فلا خير في السلم المجتهد اذا
استنبط حكما بالرأي فان كان عدم الجواز يقول لا خير وان كان عدم الجواز يقول لا بأس برعاية
للادب وتحرزا عن القطع في احكام الشرع بالرأي كذا في الشاهان وفيه نظر لان قوله لا خير
بنفي الجنس مبالغة في نفي الجواز فكان اقوى من قوله لا يجوز في نفي الجواز فلا يكون فيه التحرز عن
عن القطع قوله ولانه مجهول للتفاوت في الاجزاء قال بعت منه عرضا بكذا او كذا امنا من
من اللحم وبين اوصافه وموضعه صح دعواه بناء على ان المكيل والموزون اذا قوبل بالعرض واستعمل
استعمال الثمن فهو ثمن وهو مشكل عندي هذا لفظه ووجه الاشكال والله اعلم ان اللحم ان كان مما يعلم
بالوصف وجب ان يصح السلم والاوجه ان لا يصح جعله ثمنا ايضا وينبغي ان لا يصح دعواه بجهالة
الثمنية ايضا الا ان يقال بان هذا الجواب محمول على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان اللحم يصير
معلوما ببيان الوصف والموضع عندهما قوله والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد
التسليم بالمثل اعدل ولئن سلمنا فالتضمين بالمثل لا لانعدام التفاوت بل لان التضمين بالمثل اعدل
منه بالقيمة لان التضمين بما يماثله صورة ومعنى مع نوع تفاوت في القيمة لا بما يماثله من حيث الصورة اصلا
كذا في الشاهان وفيه نظر لما ذكرنا من الايضاح وان قليل التفاوت يتحمل في المعاملات الا في
في الاستهلاك حتى لو اسلم ثوبا واتى بثوب يساويه في الذرع والصفة والصنعة
لم يجبر على القبول فينبغي ان يجوز السلم في اللحم اهدارا للتفاوت اليسير في المعاملات كما في الكلام
في الثوب وان تضمن بالقيمة دون المثل اعتبارا للتفاوت اليسير في الاستهلاك كما
في استهلاك الثوب فنقول وبعد التسليم فالمثل اعدل مشكل الا ان يقال التفاوت اليسير في الثياب
يوجب اختلاف القيمة فالثوبان يختلفان في القيمة عرفا للتفاوت اليسير وهما لا يخلوان
ان من التفاوت اليسير الا ولا يضمن الثوب بالمثل لما فيه من نقصان حق المالك في المالية
المقصودة ورعاية الصورة على وجه يوجب نقصان اصل الحق وهو المالية لا يجوز لانها تبع
ولا تراعى الا بعد رعاية الاصل وحيث تعذر رعاية الاصل عند رعاية الصورة تترك رعايتها
واما اللحوم فالتفاوت اليسير فيها لا يوجب تفاوتا في القيمة اذ هي تباع بقيمة واحدة الا عند
التفاوت الفاحش فكان التضمين بمثله اعدل لان فيه رعاية حق المالك في المالية والصورة ثم التفاوت

فيها ان كان يسيرا فهو اكثر مما في الثياب لوجود ما يوجب التفاوت وهو اختلاف الفصول اما الثياب
فمصنوع العباد وقلما يتفاوت قوله اذا نسجا على منوال واحد فكان الثياب في معنى المكيل
وقد مست الحاجة الى السلم فيها فيلحق به نصا في السلم واللحوم ليست في معناه والحاجة الى الكلام
فيها ليست بماسة فلا يلحق به قوله ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض يعني ان التفاوت
في اللحوم مثل يعاينها عند القبض فيصير كالمثلي فيصح الاستقراض فان قلت فيجب بان
بان الاقراض عارية وحكمها رد العين قلنا انا قلنا المثل صورة ومعنى قائم مقام العين والتفاوت
في الثياب وان كان اقل فهو يوجب التفاوت في القيمة عرفا ومع التفاوت في القيمة التي هي المعنى
لا يمكن اقامة المثل مقام العين فيبطل استقراضها بخلاف اللحوم فانها لا تتفاوت قيمة وما في صورتها
من التفاوت اليسير فيزول بالمعاينة عند القبض فيلحق بالمثلي في الاستقراض قوله لاطلاق
الحديث ورخص في السلم قلنا نعم انه رخص في السلم ولكن السلم هو بيع مضبوط الوصف في الذمة الى
اجل لقوله عليه السلام من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم اي من اراد
السلم المشروع فليسلم فيما يمكن ضبطه بالوصف الى اجل معلوم ليتحقق السلم المشروع وذاهب
عن الحديث في الكافي بان ما روى حكاية حال ولا عموم له وقد دل به السلم المؤجل اجماعا فلم يرد
غيره لئلا يتعمم وانه مشكل لظهور ان قول الراوي رخص في السلم ليس حكاية لفعل الرسول على معنى
انه عم اسلم حتى لا يحتمل التعميم والاطلاق لوجوب ورود الفعل على كيفية خاصة من التأجيل
او الحلول بل هو حكاية قول او معنى قوله رخص قال اسلموا او نحو ذلك مما يدل
على اباحة السلم ولا شك ان قول النبي عم يحتمل الاطلاق والتعميم وقد حكى الراوي الرخصة
التي ثبتت بالقول مطلقا فيثبت كذلك لا يقال وجاز ان يكون الراوي قد فهم الرخصة بفعل
النبي عم فان فعله عم ايضا يوجب الاباحة عندنا لانا نقول لو كانت الرخصة بالفعل
لما حكاه مطلقا بل يجب عليه ان ينقل بالوجه الذي فعله اذ الفعل لا يكون الا بوجه خاص
فحيث حكى الرخصة مطلقا علم انه فهم الرخصة من قوله عم لا من فعله وقوله يحتمل العموم
والاطلاق والله اعلم قوله ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر
على التسليم المحصل فيه فيسلم يعني شرط البيع القدرة على التسليم لكن اشتراط القدرة الحقيقية متعذر
لان عقد المفاليس شرع لدفع حاجتهم ولا قدرة مع الافلاس ولما تعذر اشتراط القدرة الحقيقية
امكن ان يشترط القدرة الاعتبارية وهو الاجل لكونه ممكنا من التحصيل الموجب للقدرة شرطا وعملا
بالدليل الموجب لاشتراط القدرة بقدر الامكان قوله ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص لعقد السلم
انما هو العجز عن التسليم لانه شرع لحاجة المفاليس والعجز منوط لا يتوقف عليه فاقيم الاجل الذي هو دليل العجز
والافلاس مقامه فيدور العقد مع الاجل وجودا وعدما قوله ولا يصح عندنا [illegible]

الابيع شرايط وقد يقال بل لا يصح الا بستة شرايط هذه السبعة والثامن تعجيل رأس المال والتاسع
القدرة على تحصيل المسلم فيه بان لا يكون منقطعا وقت العقد ووقت المحل وفيما بين ذلك فلا حاجة
للتخصيص بالمبيع وجوابه ان المقصود بيان الشرايط القولية التي يجب ذكرها في العقد وانهما ليس الا
بخلاف تعجيل رأس المال والقدرة على التحصيل فانهما لا يتعلقان بالذكر بل هما من الشرايط الفعلية
او محمد الشيء ما ليس بيحا والسلم ... دون والمحوي
خلاف الشيء منسوب الى المحقق في المعراج ... قوله والاجل
فيه اي في اشتراط هذه الشرايط ما رويناه من قوله عم من اسلم فليسلم الى آخره فهذا النص بعبارته
يدل على اشتراط معلومية القدر والاجل ومعلومية الجنس والنوع والصفة
بالدلالة لانه انما شرط معلومية القدر والاجل الا للاحتراز عن الجهالة المفضية الى
المنازعة يجب الاحتراز عنها ايضا وجهالة النوع والجنس والصفة كذلك فيجب ان يحترز
عنها باشتراط اعلامها وامر الدلالة في تعميم العبارة اي من اسلم فليسلم على وجه لا يفضي
الى المنازعة قوله فلو لم يعلم مقداره فان قيل فيه اعتبار لشبهة الشبهة لانه يحتمل ان لا يكون
زيوفا وهو الظاهر وبعد الوجود ان يرد ويحتمل وبعد الرد ترك الاستبدال في المجلس يحتمل
والمعتبر هو الشبهة دون النازلة عنها قلنا هذه شبهة واحدة لان كلاهما يبنى على وجوده
زيفا كذا في الشروح وفيه نظر لما عرف ان اعيان التركة اذا كانت غير معلومة وصالح مع احد
الورثة على مكيل او موزون فالصلح جايز في الصحيح من الرواية وان كان فيه احتمال الربوا لكن
لما كان احتمال الاحتمال بان لا يكون نصيبه في التركة من جنس بدل الصلح وان كان فيحتمل ان يكون
اكثر من بدل الصلح او اقل لم يعتبر ولا يخفى ان هذه المسئلة كما هي في مسئلة الصلح فظهر ان بناء الا على
واحد لا يخرج الشبهة عن عدم الاعتبار الا ان يقال جواز الصلح مع بناء الاحتمال على واحد بناء
على ان الصلح مبني على التردد بين الجواز والفساد فحكم بالجواز ترجيحا للاخير وذلك ان الصلح في الاصل
لدفع الخصومة والمنازعة وهما يفضيان الى التفاوت فلما كان مفضيا الى دفعهما كان واجب
التصحيح ما امكن بخلاف العقود الاخر وقد يقال ان الشبهة النازلة معتبرة في السلم لنوع مع التنافي
وان كانت لا تعتبر في غيره قوله والموهوم في هذا اي في الباب كالمتحقق بدليل الفرق بين السلم
والبيع ويوضحه ان الحاجة الى رد رأس المال في السلم ورد الثمن في البيع موهومة ولكن الموهوم
النادر في البيع غير معتبر وفي السلم معتبر لنوع مع المنافي بخلاف البيع ولكن ينتقض الفرق بين السلم
والمضاربة فان الاشارة الى رأس المال غير كافية في المضاربة من غير ان يعلم مقداره كما فيه نص لذلك
في الكافي مع القطع بان الحاجة الى افراز رأس المال عند الرد والقسمة ثابتة لا كلوا المضاربة عنها
اصلا يحتاج فيه المعرفة مقداره لئلا يفضي الى المنازعة فالمناسب ان يشترط تسمية رأس
المال في المضاربة عند الكل لان ابا يوسف ومحمدا رحمهما الله انما لم يشترطا تسمية الثمن في البيع

ورأس المال

ورأس المال في السلم لئلا يلزم الحاجة الى رده فيهما والحاجة الى رد رأس المال وافرازه عند القسمة في المضاربة
بانه لا ينفك العقد عنه اصلا فيجب ان يشترط تسميته عند الكل قوله لا يتعلق العقد على مقداره
لا في القبض ولا في الرد بخلاف ما اذا اسلم بخلط مشار اليها مجازفة فانه وان كان لا يتعلق العقد
بمقداره نصا وهو متعلق بمقداره ردا بعد فسخ الثمن اذا المكيل لا يتعين في الرد وان كان
٢ يتعين بالاشارة في القبض اما الثوب فيتعين في الرد ايضا فان قلت ربما يهلك الثوب
فيقع المنازعة في القيمة بسبب الاختلاف في الذرع اجيب بان رد القيمة ليس من موجبات
العقد بل هو بضرورة تعذر رد رأس المال والا فالواجب هو رد عين رأس المال عند الفسخ
وتسليم عين المسلم فيه عند عدمه قوله لانه لا يختلف قيمته يعني باختلاف المكان وهو مشكل
لانا نشاهد ان قيمة ما لا حمل له ولا مؤنة كالمسك تختلف باختلاف الامكنة اذ الموجب للاختلاف
موجود في حقه وهو قلة الاعيان وكثرة الرغائب او بالعكس وليس الحمل كالمانع فكانه اراد
انه لا يختلف قيمته باختلاف المكان باعتبار ضم اجرة الحمل فلا مضرة على رب السلم في اي مكان
يوفيه المديون يشكل بانه لو ان كان لا يحتاج فيه الى اجرة الحمل لخطر الطريق فيه يتحقق فيقع النزاع
في مكان الايفاء لاسقاط خطره او يقال بان المحذور المحصور عن السلم ما كان من شرايط الانتفاع
على الصحيح فقط والوصف من وقت العقد الى وقت المحل شرط الصحة والنفاذ جميعا ويحمل رأس المال شرط
البقاء على الصحيح فقط قوله ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال الى آخره قلت ذكر في فوائد
الثوب لا يجب في الذمة الا سلما والاجل شرطه وان ضرب للثوب اجلا اذ لانه وجد شرط جواز
السلم ولو افترقا قبل قبض الثمن لا يبطل العقد لان هذا العقد اعتبر سلما في حق الثوب يعني في
العبد ويجب ان يعتبر في عقد واحد حكم عقدين كالهبة بشرط العوض هذا كلامه والله اعلم
بالصواب قوله وان كان عينا لان السلم اخذ عاجل باجل فان قلت نعم ولكن التعجيل لا يحتاج
الى القبض قبل افتراق الابدان بل يتحقق التسليم فيما دون الشهر لانه دونه عاجل حتى لو حلف
ليقضين دينه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه اجيب بانه لما كان عبارة عن اخذ
عاجل باجل والاصل في كل شيء هو الكامل وكمال التعجيل بالتسليم قبل الافتراق وكمال التأجيل
بالتأخير الى شهر فاعتبر الكمال في كل منهما في السلم لنوع مع المنافي ثم يشكل بان السلم متى كان عبارة
عن اخذ عاجل باجل وجب ان لا يحنث فيما اذا حلف لا يسلم فباع مكيلا او موزونا في الذمة
بلا اجل واخذ منه دراهم او دنانير والمسئلة بخلافه فانه يحنث بالموجل كما يحنث بالحال ايضا
قوله فانه منهما دين على المسلم اليه فان قال على المسلم اليه لان الدين لو كان على ثالث يسع
الفساد لانها ليست بمال في حقهما قوله ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع الا اذا كانا يعلمان
عدم الدين فحينئذ كان فاسدا لانه بيع بلا ثمن قوله فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ههنا

يجب وهو انه ذكر في الكافي في كتاب الاجارة انه لو اجر بساتين في الذمة يشترط فيه جميع شرائط
السلم من بيان الاجل وبيان القدر والجنس لان وجوب الثياب دينا في الذمة عرف شرعا
بخلاف القياس والشرع انما ورد بطريق السلم فيشترط فيه جميع شرائط السلم وبهذا ننبه اشارة
الى المنفعة التي يرد اليها عقد الاجارة تصلح راس مال السلم وعلى ما ذكرنا هنا من ان الدين الذي
على المسلم اليه لا يصلح راس مال السلم لانهم جعلوا المنافع المعلومة في حكم الدين حتى لو اجر السكنى
بالسكنى لم يجز لانه كبيع الدين بالدين ومتى كانت المنافع في حكم الدين لزم ان لا يصلح السلم في الثياب
بمقابلتها كما لا يصح السلم بالدين لان كلا من المنافع والدين لا يحتمل القبض في المجلس والله اعلم بالصواب
قوله اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق وفيه بحث من ان الاستبدال ببدل
الصرف بعد الاقالة قبل القبض بحكم الاقالة جائز اجماعا مع ان فيه تفويت القبض المستحق اذا
اذا تقابضا في اقالة الصرف شرط بالاجماع الا ان تقال اقالة الصرف عرف من وجه وفسخ من
من وجه فاكتفي فيها بالقبض الاعتباري وهو قبض العوض لانه قبض من وجه دون وجه قوله
والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز جملة نعم ذلك اعم من العجز على اعتبار الهلاك على ظاهر ولا
ولا يعود في التصرف في المسلم فيه بان اشترى منه شيئا وذلك ظاهر الا ان يقال المسلم فيه
في حكم بين منقول والعقد في المبيع المنقول مسلم في الاعم والاغلب وعلامة في التصرف في المسلم
فيه بعارض الدينية الحقيقة نادر بالنسبة الى الاصل المنقول والاحكام تبتني على الاعم لا
لا على النادر ولانه اخذ شبها بالمبيع لان الاقالة بيع جديد في حق الثالث ولا عكس
جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه والمبيع مما يجب بالعقد وهذا مما يسقط فلا يكون مبيعا فجعل
راس المال مبيعا لانه دين مثله ولو لم يجعل مبيعا تبطل الاقالة الا يرى انهما لو تقايلا في البيع
وهلك المبيع بعد الاقالة قبل القبض يبطل وهنا لما تقايلا وسقط المسلم فيه صار كالهالك
فكان ينبغي ان لا يصح الاقالة وهي صحيحة ولا ذلك الا ببقاء المبيع وذلك يجعل راس المال مبيعا
كذا في الكافي وهناك اما اولا فلان صحة الاقالة لو كانت مبنية على جعل راس المال مبيعا
لما صحت بعد هلاكه كما في البيع وهي صحيحة وجوابه ان راس المال اذا كان مما لا يتعين فهو
انما يهلك اذا مات المسلم اليه مفلسا لانه دين وهلاك الدين بموت المديون مفلسا ولا
ولا ريب ان المسلم اليه اذا مات مفلسا فلا يصح الاقالة وان كان مما يتعين فهو اذا هلك يقوم
قيمته مقامه فيمكن ان يجعل قيمته مقامه مبيعا تصحيحا للاقالة وذلك انما يستقيم ان لو وجبت قيمة راس المال
المعين قبل الاقالة حتى تعقد الاقالة عليه ولكن المص اشار فيما بعد الى ان القيمة تجب بعد الاقالة
حيث قال ومن اسلم جارية في كر حنطة وقبضها ثم ماتت الجارية وتقايلا بعد هلاكها جاز لان صحة الاقالة
يعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه في السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه وتصح الاقالة حال بقائه
واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها هذا كلامه وفيه

اشارة

اشارة الى ان القيمة انما تجب بعد الاقالة لان وجوبها تابع لوجوب تسليم عينها وتسليمها انما يجب
بعد الاقالة فكذا القيمة التي وجوبها تابع لوجوب تسليمها وجوابه ان وجوب القيمة بالاقالة
يوجب صحتها ولا يستدعي صحتها الى تحقق وجوب القيمة قبلها الا يرى ان راس المال اذا كان
مما لا يتعين انما يجب على المسلم اليه بعد الاقالة وانه مصحح لها فكذا وجوب القيمة فيما اذا كان راس المال
عينا يكون مصححا لها لا منافيا وذلك لان راس المال انما جعل مبيعا ليتحقق معنى البيع فيها وهو
وثبوت المبيع في ملك البائع من احكام الاقالة المتأخرة عنها دون الشرائط المتقدمة عليها ووجوب
راس المال اي قيمته كثبوت ملك المبيع هذا وفي الذخيرة في الفصل السادس من كتاب الصلح ان
المسلم فيه وان كان دينا فقد اعطي له حكم العين واما جعل دينا في انه يقبل الاجل وانه يسقط
بالابراء وفيما عدا هذين الحكمين فله حكم العين فهلاك ما تقابله من العوض لا يمنع الاقالة ابتداء
ولا بقاء كما لو اشترى عرضا بعرض وهلك احدهما لا يمنع الاقالة ابتداء ولو هلك بعد الاقالة لا
ولا يمنع بقاءها واما ثانيا فلان التصرف في المبيع بعد الاقالة قبل القبض حكمها جائز حتى لو اشترى
عبدا وتقابضا ثم تقايلا ثم باعه من المشتري قبل ان يقبضه صح فاذا جاز التصرف فيما هو مبيع
حقيقة فلان يجوز في راس المال بان يشتري من المسلم اليه شيئا وهو مبيع حكما اولى وجوابه
ان قوله ولانه اخذ الى اخره دليل على حرمة التصرف مع غير المسلم اليه بان اشترى به شيئا
من غير المسلم اليه اما الشرى به من المسلم اليه فانما حرم بالنص فان قلت قد جعل هذا دليلا
على حرمة التصرف مع المسلم اليه حيث قال في وضع المسألة لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه
شيئا براس المال على الشرى براس المال من غير المسلم اليه انما لا يجوز لانه شراء بالدين على غير
البائع وانه لا يجوز لان الدين ليس بمال في حقهما لا لانه تصرف في المبيع قبل القبض اجيب
بالتزام ان المراد بقوله لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه شيئا هو حرمة التصرف فيه بطريق عموم
المجاز وكون ان علة حرمة الشرى براس المال من غير المسلم اليه بانه شراء بدين على غير البائع وبانه
تصرف في المبيع قبل قبضه واما ثالثا فلانهم اجمعوا على ان الاستبدال ببدل الصرف بعد الاقالة
قبل القبض جائز مع ان بدل الصرف اقوى في كونه مبيعا من راس المال وجوابه يخرج من جواب
الشبهة الثانية واما رابعا فلانهم صرحوا بان الاقالة في السلم فسخ من كل وجه وليس ببيع لان
دين السلم لا يملك المسلم فيه بالاقالة بل يسقط المسلم فيه اصلا فلم يكن فيها معنى البيع وذكر
هنا ان اقالة المسلم فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما كالاقالة في سائر
البيوع وصرحوا ايضا بان الاقالة في السلم لا تحتمل الفسخ حتى لو اختلفا بعد الاقالة في راس المال
فالقول قول المسلم اليه ولا يتحالفان لان التحالف شرع للفسخ واقالة السلم لا تحتمله لان المسلم فيه يسقط
بالاقالة فلو انفسخ كان حكمها عود المسلم فيه والساقط لا يعود واما الاقالة في البيع فحكمها عدم البيع الى البائع

فاذا انفسخ الاقالة يعود الى ملك المشترى والعين فما يحتمل العود كذا ذكر فى النهاية فلو كان صحة الاقالة
فى السلم باعتبار جعل راس المال مبيعا لكانت الاقالة فيه اثباتا للمبيع لا اسقاطا كالاقالة فى سائر البيوع
اذ راس المال ثبت بالاقالة ولا يسقط به واما المسلم فيه فسقوط لا يقبل العود ليس بمبيع فى حق الاقالة بل هو
كالثمن وسقوط الثمن بالاقالة لا ينافى فسخها فكذا سقوط المسلم فيه هو كالثمن فى حق الاقالة وغاية
ما يمكن ان يقال ان اقالة السلم اسقاط فى حق العاقدين الا انه جعل راس المال مبيعا تصحيحا للاقالة فبقى فيما
وراءه اسقاطا محضا فلا يحتمل الفسخ واما ثانيا فلما سبق ان كون الاقالة بيعا فى حق الثالث امر ضرورى
لانه يثبت به مثل حكم البيع لا بمقتضى صيغته وهو الفسخ امر ضرورى لا بمقتضى الصيغة ينبغى ان يحتاط فى اثباته
بعد ما تحقق مقتضى صيغته وهو الفسخ بل يكون ان يحكم بكونه بيعا فى حق الثالث اذا ثبت به مثل حكم البيع
وفسخا محضا اذا لم يثبت فاما التكلف لاقامته بان يجعل غير المبيع مبيعا مع تحقق مقتضى صيغته على الكمال
فلا حاجة اليه وجوابه ان الاقالة ان كانت فسخا بمقتضى صيغته فهذا الفسخ مشروع لاعادة المبيع الى ملك البائع
حتى ينفسخ بهلاكه قبل القبض ومن ضرورة الاعادة كونه مبيعا فى حق الغير فكان اعادة المبيع
الى ملك البائع وكونه بيعا فى حق الثالث من لوازم الاقالة فحيث تعذرت الاعادة وكونه بيعا فى حق الثالث لم تكن
الاقالة ايضا اذ لا ثبوت للشىء بدون لوازمه واقالة السلم جائزة ولا اعادة فيها فجعلنا راس المال مبيعا تحقيقا
لما هو من لوازم الاقالة ايضا اذ لا ثبوت للشىء بدون لوازمه واقالة السلم من مراعات المبيع الى ملك البائع وكونه
بيعا فى حق الثالث ولما ساد ساقلنا ان اخذ شبهها بالمبيع فى حرمة التصرف فى المبيع قبل القبض معنى
الغرض فى الحكم التوقف الذى لا ينفذ بالغرر كالاعتاق ولا غرر فى شراء شىء براس المال اما اذا كان من
الاثمان فلانه لا يتعين واما اذا كان عرضا فلان الاقالة فى السلم لا يحتمل الانفساخ حتى يظهر فى اللاحق انه تصرف
فى ملك غيره وجوابه ان الاقالة فى السلم ان كان لا يحتمل الفسخ فيها اذا اسلم عرضا فى كر حنطة يحتمل ان يكون
اقالة على قيمته بان هلك العرض قبل القبض فيظهر فى اللاحق انه لم يملك العرض بالاقالة فاذا اشترى به شيئا
كان فيه غرر الانفساخ لاحتمال ان يهلك العرض قبل القبض فيتحول الاقالة منه الى قيمته يوم القبض فيظهر
انه تصرف فى غير ملكه ولا نعنى بالغرر سوى هذا واما سابعا فلانه لا يمكن ان يجعل راس المال مبيعا
فيما اذا كان من الدراهم والدنانير لما عرف ان الاثمان لا تصلح مبيعا حتى لا يجوز السلم فيها بان اسلم
حنطة فى الدراهم والدنانير وقد مر جوابه ان الاثمان انما لا تصلح جعلها مبيعا اذا لم يتحقق الضرورة
اما اذا تحقق بان دل الدليل على صحة التصرف وكانت صحته مبنية على جعل الاثمان مبيعا فيصح
حينئذ ان يجعل مبيعا الا نرى انه يجعل كل من بدلى الصرف مبيعا ضرورة ان الصرف بيع
جائز بالاجماع ولا بد للبيع من مبيع وليس احدهما باولى من الاخر فجعل كل مبيعا وقد تحققت
الضرورة فى اقالة السلم ايضا لانها صحيحة ولا وجه لصحتها سوى جعل راس المال مبيعا لان الاقالة
بيع جديد فى حق الثالث فلا بد له من مبيع ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل راس
راس المال مبيعا اما والمسلم حنطة فى الدراهم والدنانير فلا ضرورة ثم الى جعل الاثمان مبيعا لعدم الدليل
على صحة هذا التصرف من نص او اجماع فبقى على اصل القياس واما ثامنا فلان الشبه بالمبيع لا يوجب
حرمة التصرف فيه الا يرى انه بدل الكتابة له شبه بالمبيع من حيث ان العجز عنه يوجب حق
الفسخ كالعجز عن المبيع بخلاف الثمن فان العجز لا يوجب حق الفسخ مع ان الاستبدال ببدل الكتابة
جايز **قوله** لانه دين مثله انما اعتبر المماثلة فى الدينية مع ان العين اقرب الى جعله مبيعا
اذ العينية اصل فى المبيع لان اقالة السلم فى حق الثالث فى حكم السلم المبتدا وعلية المبيع
فى السلم منعدمة للسلم فكذا فى اقالته يجب ان يكون المبيع دينا فاعتبر المماثلة فى الدينية
ليصح جعله مبيعا فى اقالة السلم الذى هو فى حكم السلم الذى يجب ان يكون المبيع فيه دينا فان قلت
فما تقول اذا كان راس المال عوضا معينا اجيب بانه ان كان هالكا فالاقالة تكون على قيمته
وانه دين مثل المسلم وان كان قائما فهو مضمون عليه بعد الاقالة بالقيمة فكان فى حكم الدين ثم قد ثبتت
المماثلة فيما اذا كان راس المال من الاثمان فان كر الحنطة مثلا يصلح مبيعا حتى يصح السلم
فيه اما الاثمان فلا تصلح مبيعا حتى لا يجوز السلم فيها فلا مماثلة **قوله** الا انه لا يجب قبضه
فى المجلس جواب شبهة وهى انه لما كانت الاقالة بيعا جديدا وكانت اقالة السلم بمنزلة بيع السلم
وكان قبض راس المال فى مجلس السلم شرطا فيجب ان يكون قبض راس المال بعد الاقالة فى مجلس
الاقالة شرطا قياسا لحكم الانتهاء بالابتداء فاجاب بان الاقالة فى كونه بيعا ليس كابتداء السلم
لانه بيع فى حق الكل وهو فسخ فى حق المتعاقدين وليس من ضرورة اشتراط القبض فى البيع من كل وجه
الاشتراط فى البيع من وجه كذا فى الشرح وفيه نظر لما عرف ان التقابض فى بدلى الصرف واجب
جديد فى حق الشرع بعد الاقالة لان التقابض حق الشرع والاقالة فى حقه بيع جديد وكان اقالة الصرف
بيع جديد فى حق الشرع كذلك اقالة السلم كانه بيع راس المال من رب السلم بالمسلم فيه فينبغى
ان يشترط قبضه فى المجلس لئلا يكون افتراقا عن دين بدين واما قوله ليس فى حكم الابتداء من كل
وجه قلنا اقالة الصرف ايضا ليس فى حكم الابتداء من كل وجه مع ان التقابض شرط فيها فالاظهر ان
يقال كان ينبغى ان يشترط قبضه فى المجلس تحرزا عن الكالى بالكالى لانه بيع فى حق الثالث كانه
بيع راس المال بالمسلم فيه الا ان معنى البيع هنا اعتبارى يثبت بجعل غير المبيع مبيعا تصحيحا للاقالة
فلا يظهر الا فى حق التصحيح وكان فيما وراءه فسخا محضا حتى لا يحتمل الدفع والابطال فلا يشترط قبضه
فى المجلس **قوله** لانه ليس فى حكم الابتداء من كل وجه اى لا فى حق المتعاقدين ولا فى حق غيرهما
اما اقالة الصرف فهى ان لم تكن فى حكم الابتداء فى حقهما فهى فى حكمه فى حق غيرهما من كل وجه لان معنى البيع
فيه ليس باعتبارى بخلافه هنا وتحقيقه ان معنى البيع فى السلم فى حق غير المتعاقدين
لما كان اعتباريا حاصلا بجعل راس المال مبيعا فى حق الثالث من وجه ولو كان بيعا
فى حقه من كل وجه لكان شبهة الكالى بالكالى فلما كان بيعا فى حقه من وجه تنزلت فيه شبهة الكالى بالكالى

الى شبهة الشبهة والاحتراز عن شبهة الجرم ان كان واجبا وعن شبهة الشبهة غير واجب هذا
ولكن لقايل ان يقول على هذا فيجب ان لا يحرم التصرف فيه قبل القبض ايضا لانه لو كان
بيعا في حق الثالث في كل وجه لكان التصرف في راس المال قبل القبض تصرفا فيما له شبهة
كونه مبيعا فلما كان معنى البيع فيه في حق الثالث اجنبيا كان بيعا في حقه من وجه
فكان التصرف فيه قبل القبض فيه تصرفا فيما له شبهة شبهة كونه مبيعا والشبهة النازلة غير
معتبرة قوله لم يكن قضاء لها قلت قد اشار فيما تقدم الى ان الوكيل انما يشترط كيل التصرف
في المشترى مكايلة او موزونة لا لصحة القبض واشار هنا الى انه شرط لصحة القبض لكنه في
القضاء والله اعلم قوله وهو محمل الحديث وانما حمل عليه هذا الى انه شرط لصحة القبض لان اشتراط
الصاعين انما هو لقطع احتمال الاختلاط بالزيادة التي هي حق البايع حتى لا يشترط الكيل اذا اشترى
مجازفة ولا شك ان هذا الاحتمال يندفع بكيل البايع بحضرة المشتري فلا حاجة الى كيل اخر فلا بد وان يحمل
الحديث على اجتماع الصفقتين ليفيد واذا اجتمعا شرط الكيل لا بد من الكيلين لكل صفقة
كيل اذ الكيل في كل منهما معدوم بالنسبة الى الاخرى ولقايل ان يقول ان الصاعين في الحديث
مفسر ان بصاع البايع وصاع المشتري وفي مسئلة التسليم كل من الصاعين صاع المشتري اذ
الصاع الاول من قبل المسلم اليه وانه مشتر الكر والثاني من قبل رب السلم وانه مشتر ايضا لان قبض
المسلم اليه بمنزلة شرائه من المسلم اليه كما ذكر تحقيقه في الكتاب في باب السلم وان كان سابقا
فقبض المسلم فيه لاحق ومعنى التسليم وان كان سابقا فالتسليم بحكم متحقق في الحال والكيل من تتمة انما
فلا يعتبر الا عند تحققهما فسبق السلم لا ينافي وجوب الكيل بل يوجبه عند التسليم او التسليم
لانه بيع مكيل مكايلة او موزون موازنة فيجب فيه الكيل احترازا عن الزيادة فلا حاجة الى
اعتبار القبض بيعا ابتداء بالوجوب كيلا اخر بل يكفيه ما سبق من السلم الا يرى انه
لو كان المسلم اليه والمسلم فيه بحضور رب السلم بعد حلول الاجل وسلمه الى رب السلم فقبضه
لا يجب عليه كيل اخر ولو كان قبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع لزم ان لا يكتفى بكيل المسلم اليه بحضور
رب السلم قبل قبضه لعدم اعتبار الكيل قبل البيع وحيث اعتبرها علم ان الكيل هنا ليس الا لله
ولا زم لقبضه في حق وجوب الكيل قوله وانه بمنزلة ابتداء البيع قلت ان اراد بمنزلة بيع
العين براس المال لا بيعه بالكر في ذمة المسلم اليه يشكل بما ذكر في الكافي انه لو قبض السلم المسلم اليه
مع العيب الحادث على السلم لانتقاض القبض وان ابى ذكر بحدوث عيب اخر ولا شيء عليه
لانه وجب في ذمة رب السلم مثل ما قبض ثم صار قصاصا بما له عليه فلو اخذ بالعيب شيئا اخر كان
المثل بالمثل والفضل ربوا وقال ابو يوسف ان ابى ان يقبله معيبا رد عليه ما قبض ورجع عليه
بما شرط كما هو اصله في قبض الربا لمكان الجياد وقال محمد ان ابى ان يقبله رجع عليه بقلة
النقصان من راس المال لانه منع عنه بعض المبيع فيرجع بنقصان الثمن هذا لفظه فلو كان قبض المسلم

في حكم الشراء براس المال وجب ان يرجع بنقصان العيب اذا احدث في يد رب السلم عيب
اخر لانه لا يجب المسلم اليه في ذمة القابض مثل المقبوض وانما يجب مثل المقبوض في ذمته
ان لو وجب ذلك شراء بما في ذمة المسلم اليه من الطعام وايضا لو اسلم في ثوب وسط
فاتاه المسلم اليه بثوب جيد فقال خذ هذا وزدني درهما او جاء بثوب ادنى منه فقال خذ
هذا وارد عليك درهما جاز في الوجه الاول دون الثاني وردك ابو يوسف عن ابي حنيفة
فانه جايز في الوجهين ولو كان السلم في الحنطة وجاء بجيد او ارديء على ان يزيد درهما او يرد
درهما لم يجز في الوجهين قال ابو يوسف قلت لابي حنيفة اليس الثوب قال لان بيع الثوب بثوبين
جايز وبيع القفيز بقفيزين لا يجوز يعني ان الربا لا يجري في الثياب ويجري في الحنطة فقد اشار
الى لزوم الربا في مسئلة الحنطة وعدمه في مسئلة الثوب ولا يخفى ان الربوا انما يكون يلزم ان لو جعل
قبض راس السلم بمنزلة بيعه بالكر الواجب في ذمة المسلم اليه اما لو جعل ذلك بيعا براس المال
فلا يعرف بالتامل وان اراد بيع العين بالكر الواجب في ذمة المسلم اليه يشكل بما لو اسلم الى رجل
مائة درهم في كر حنطة ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كر حنطة بمائتي درهم الى سنة 2
فقبضت فلما حل السلم اعطاه ذلك الكر لم يجز لانه شرا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ذكره ولو جعل
قبض المسلم فيه بمنزلة بيع بالكر الواجب في ذمة المسلم اليه لم يلزم في المسئلة المذكورة شرا ما باع
باقل مما باع وهو ظاهر ولو احرز العدو كر رب السلم بدار الحرب ثم دخل مسلم بدار الحرب واسلم الى العدو بمائة
درهم في كر فلما حل السلم قضى السلم بالكر المحرز فان المالك ياخذه فلو كان قبض المسلم فيه
بمنزلة ابتداء بيع العين بالكر الواجب في الذمة لما اخذه المالك القديم في المسئلة المذكورة بمائة
بل كان ينبغي ان لا ياخذه اصلا لانه لو اخذه اخذ بالمثل وانه لا يفيد والجواب ان المراد
هو بيع العين بالكر المسلم فيه غير ان هذا الى اعتبار الحقيقة فيكون العين بمقابلة الكر فيلزم
الربا في المسئلة الاولى والثانية ومن حيث ان المقبوض عين المسلم فيه في الحكم لا ربوا فيه فتحقق
شبهة الربوا وهي ممنوعة وفي المسئلة الثالثة على هذين الاعتبارين شبهة شرا ما باع باقل
مما باع وانه ايضا غير جايز واما مسئلة العدو فانا لو اعتبرنا هذا بيعا بالكر المسلم فيه اعتبار الحقيقة
ينقطع حق المالك ولو اعتبر العين بمقابلة راس المال اعتبار الحكم لم ينقطع فلا ينقطع بالشك
على ان رعاية حق المالك القديم واجب الرعاية ما امكن فاعتبرنا فيه جانب الحكم والاحتراز عن الربوا
وعن شراء ما باع باقل مما باع واجب ايضا ما امكن فاعتبرنا الحقيقة في الاول والحكم في الثاني
اخذا بالاحتياط فيما يجب الاخذ به قوله لان العوض اعادة فان قلت قد ذكر المصنف قبيل
باب الربوا ان العوض اعادة ابتداء معاوضة انتهاء فلم لا يعتبر معنى المعاوضة اجيب بان العوض
عارية حقيقة ومعنى المعاوضة فيه ضروري يثبت ضرورة انه لا ينتفع المستقرض الا باستهلاكه
فيجب عليه رد المثل ضرورة وهو معنى المعاوضة فلما كانت عارية حقيقة معاوضة ضرورة اعتبرنا الحقيقة

دون ما يثبت بالقرض حتى قلنا ان اقراض احد المتعاوضين لا يلزم صاحبه لانه اعارة وليس بمعاوضة فان قلت لو كان القرض اعارة وجب ان لا يملك المستقرض عندهما عين القرض كما هو مذهب ابي يوسف حتى يجوز ان يشتري عين القرض من المقرض عنده وان كان قد قبضه قلت يملك عندهما ضرورة تمكنه من الانتفاع والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها فيكون عارية فيما وراء ذلك حتى ان المقرض ان يطالب المستقرض بتسليم عين دراهم القرض ما دام باقية وفيه نظر اذ ملك المستقرض اذا لم يكن ظاهرا فيما وراء الانتفاع وجب انه يصح شراؤه من المقرض عندهما وهو غير صحيح ولان التمكن من الانتفاع لا يحتاج الى ملك العين بل يكفيه ملك المنافع وبه نقول الا ان الانتفاع بالقرض لا يمكن الا باستهلاكه فيملك استهلاكه بضرورة الاعارة ورضا المقرض به الا ان عين القرض تدخل في ملكه وفي الذخيرة لو اقرض على ان يكتب له الى كذا لا يجوز لان القرض وان كان بمنزلة العارية في بعض الاحكام الا انه معاوضة في الحقيقة فيفسد بالشرط الذي يفسد البيع هذا كلامه وهو صريح بخلاف ما ذكر في الكتاب مع ان المعاوضة غير معتبرة في القرض وان للرد ودفعه حكم عين المأخوذ مطلقا نعم ذكر القرض في الكر من العقود التي لا تبطل بالشرط الفاسد قلنا ان يمنع ثم ههنا بحث وذلك ان القرض اسوة للغرماء في تركة المستقرض ذكره في الكافي في متفرقات كتاب الاقرار حيث قال مستقرض الف باع منه عبدا بالف مؤجل فحل الاجل في قرض المستقرض تقع المقاصة لزوال المانع وهو الاجل فان مات المستقرض والمقرض اسوة للغرماء فيما عليه من الثمن لان القرض صار مقتضيا في المرض لان دين المستقرض اخرهما وهو ثمن المبيع وهو مال المريض فصار المريض قاضيا دين بعض الغرماء مؤثرا له على سائر الغرماء حال استغراق ماله بديون الغرماء فلم يسلم له هذا كلامه وعلى هذا اشار ههنا من ان القرض اعارة والرد ودفعه حكم عين المأخوذ من كل وجه وجب ان يكون المقرض بقرضه من سائر الغرماء لان قدر ما يستوجبه القرض فهو كالمستعار منه كانه استعاره ثم رده ولو كان ذلك القدر عاد ما حقيقة ورده المريض في مرضه لم يتعلق به حق الغرماء فكذا اذا كان في حكم العارية الا يرى انه لو اقرض اجنبي المكاتب الفا وهو مريض واقرضه سيده الفا فقضى سيده الف القرض ومات سلمت لسيده الفا ولو اقر مكاتب لسيده بالف ولاجنبي بالف قرض وقضى دين الف فقضى من كتابته وهي الف ولا مال له عتق بوجود الشرط وثلثا الالف للسيد وثلثه للاجنبي لان الديون استوت فيقتسم بالحصص فلو قضى من دين سيده فالالف كله للاجنبي لانه مات عاجزا فيسقط دين المولى والفرق بين القرض والدين ان الاقراض اعارة حكما فكان كاسترداد العارية بخلاف الدين قوله لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف فان قلت صحة الامر ليس بشرط لحصول القبض الا يرى انه لو كان في غرائر رب السلم وامر رب السلم المسلم اليه ان يكيله فيه فكاله يصير قابضا بالاتصال من حيث

بالملك في الاصح وان كان الامر لم يصادف ملك الامر وكان الاتصال بالملك يوجب القبض فكذلك الوقوع في غرائر المشتري ايضا يوجبه على ما اشار اليه المصنف بقوله والقبض بالوقوع في غرائر المشتري وكما لا يشترط صحة الامر لحصول القبض بالاتصال بالملك يجب ان لا يشترط لحصوله بالوقوع في غرائره ايضا اجيب بان الوقوع في غرائر المشتري انما يكون قبضا اذا كان الغرائر في يده ولن يكون كذلك الا بصحة الامر يوضحه ان دفع الغرائر الى البائع ليكيل فيه طعاما عان فيكون في يده لا في يد المشتري فلا يصير المشتري به قابضا ودفعها اليه ليكيل فيها طعامه المشتري توكيلا له بامساكها فيكون الغرائر في يد المشتري حكما فما وقع فيه يصير في يده ايضا فيكون قابضا اما الاتصال بملك المشتري فهو قبض مطلقا فيكون الامر بالخلط بملك المشتري امرا بالتسليم وامر رب السلم بالتسليم صحيح وان كان لا يصح بنوه فلما صح امره يصير قابضا بالخلط اما الامر بالكيل في غرائر رب السلم فهو صحيح لانه لو صح لصح من حيث انه امر بالتسليم والتسليم لا يكون الا اذا كان الغرائر في يد المشتري وهو ليس في يده لما ان الاستعارة على ما بيناه قوله لجواز ان يكون مراده البداية بالعين قلت مثل هذا الاحتمال لكونه غير ناشئ عن دليل غير معتبر حتى لا يقدح في قطيعة المطلق فكانه اراد بامكان ارادة البداية بالعين عدم استلزام الرضا بالمطلق رضاه بالخلط والاستهلاك وذلك انه انما رضي بكيلهما في غرائره وكيلهما قبلا لا يستلزم الخلط حتى يكون الرضا به رضا بالخلط قوله وعندهما بالخيار ان يشاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما وهذا فيما اذا خلط الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير مثلا اما اذا خلط المائع بغير جنسه كالخل بالزيت فينبغي ان ينفسخ البيع عند الكل لان هذا الخلط استهلاك صورة ومعنى بالاجماع حتى لو خلط المودع الخل الوديعة بالزيت ينقطع حق المالك الى الضمان عندهم جميعا ولو خلط المائع بجنسه كالخل بالخل والزيت بالزيت ينبغي ان يجعل الاقل تابعا للاكثر عند ابي يوسف لما عرف من مذهبه في مسئلة الوديعة انه في خلط المائع بجنسه يجعل الاقل تابعا لما ذكر في الكتاب على وجه الاطلاق من قوله وعندهما بالخيار لان الخلط ليس باستهلاك عندهما مشكل قوله وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فان قلت راس المال حالة الفسخ احدى شبهه بالمبيع قلت جعل كذلك احتياطا حتى لا يجوز التصرف فيه قبل القبض واعتبر الحقيقة هنا والشبهة ثم عملا بهما كذا في الشاهان وفيه سبق فيه انه لو لم يجعل راس المال مبيعا يبطل الاقالة الا يرى انهما لو تقابلا وهلك المبيع قبل القبض ولذلك لا يجعل راس المال مبيعا تبطل الاقالة وههنا لما تقابلا سقط المسلم فيه صار كالهالك فينبغي ان لا تصح الاقالة وهي صحيحة ولا كذلك الا يجعل راس المال مبيعا فلا يكون جعله مبيعا من الاحتياط فالاولى ما ذكرنا من الجواب عند قوله ولانه احدهما بالمبيع فيملكه قوله لان رب السلم متعنت في انكار الصحة والمنكر انما يعتبر خصما اذا انكر استحقاقا اما اذا انكر حقا له فهو متعنت وليس بخصم فلا يتوجه عليه اليمين لانه اشتغل عن قطع الخصومة ودفع الاستحقاق فلا يكون الا على الخصم لا

والمتعنت ليس بخصم دافع عن نفسه استحقاقا واذا لم يكن رب السلم منكرا استحقاقا عليه الانكار
بالعدم ولم يبق منه الا دعوى الفساد من غير انكار استحقاق عليه وصاحبه يدعي الصحة
فيكون القول له اذ الظاهر شاهد له وهذا بناء على اصل وهو ان المتعاقدين اذا ادعى
الصحة والاخر الفساد فان كان مدعي الفساد لا يدفع عن نفسه استحقاق ما يقع من جانبه
بمجرد دعوى الفساد فلا يقبل قوله لان الظاهر شاهد لمدعي الجواز لان العقد
والدين يمنعانه عن مباشرة العقد الفاسد وعن دعوى الجواز كاذبا فظهر مدعي الجواز
شاهد له من كل وجه والقول لمن يشهد له الظاهر فكان شهادة الظاهر له اكثر فكان قوله
اولى بالقبول فاذا كان يدعي الفساد بدفع استحقاق لو جعلنا القول لمدعي الصحة فقد جعلنا
مستحقا على صاحبه بشهادة الظاهر والظاهر لا يصلح للاستحقاق ومتى جعلنا القول لمدعي
الجواز اذا كان مدعي الفساد استحقاق مال لان راس المال ان كان يستحق عليه لكنه
يستحق بعوض يربوا عليه وهو المسلم فيه والاستحقاق بعوض يعدله لا يعتبر استحقاقا
كما في بيع العين اذا ادعى احد المتعاقدين الصحة والاخر الفساد فالاستحقاق بعوض يربوا
عليه اولى ان لا يعتبر قوله لانه متعنت ولو كان غير واقع عن نفسه استحقاقا من غير الحاق ضرر به
لم يكن القول له فلان لا يكون القول له وهو لا يدفع عن نفسه استحقاقا مع انكار ما يقتضيه
اولى فان قلت المسلم اليه متعنت بدعوى الصحة اذ المسلم فيه يربوا على راس المال فلنا
بل هو دافع عن نفسه المعصية وهو من هذا الوجه ليس متعنت واما رب السلم فمتعنت بانكار
ما هو نفع محض وبدعوى الفساد ايضا فلا يكون خصما واليمين انما تتوجه على الخصم قوله لانه
يربوا على راس المال فان قلت راس المال ايضا يربوا من حيث انه نقد والنقد خير من النسية
والمسلم فيه نسية قلت هذا التعليل فيما اذا اختلفا بعد حلول الاجل اما قبل حلوله فانما
لا يكون القبول لرب السلم لانه لا يدفع عن نفسه استحقاقا بلا عوض يعدله لان راس المال يستحق عليه
على تقدير جواز العقد بعوض يعدله من حيث ان راس المال ان كان نقدا فالمسلم فيه يربوا
عليه قيمة فكان كل منهما يعدل الاخر والاستحقاق بلا عوض يعدله فبطل جهة الاستحقاق من الجانبين
فبقي دعوى الفساد من غير دعوى الاستحقاق فيكون القول لمن ينكر الفساد اذ الظاهر
يصلح الدفع المعصية عن فعل الغير وفي هذا التقرير نظر لانه لو لم يعتبر الاستحقاق لم يجب دعوى
المعصية والعتق وانها لا يوجب اليمين ولا تقبل البينة عليه اذ العتق لا يدخل تحت الحكم
فالاولى ان يقال لما استوى في جانب الاستحقاق رجحنا قول من يدعي الصحة لان شهادة الظاهر لجانبه
اكثر قوله وان كان صاحبه منكرا فان قلت كان الظاهر شاهد لمدعي الصحة من حيث ان دينه
وعقله يمنعانه عن مباشرة عقد الفاسد فكذا الظاهر شاهد للمنكر من حيث ان الاصل هو براءة الذمة
وعدم الاستحقاق فما وجه الترجيح قلت المنكر للصحة كالراجع عما اقر اذ الاقدام على التسليم

لاقرار منه لصحته لكن الظاهر يعتبر الانكار لانه بعد الاقرار وابو يوسف ومحمد رحمهما الله اعتبرا الانكار
بظاهر قوله عليه السلام واليمين على من انكر وجوابه انه المراد بالمنكر في الحديث من يشهد له الظاهر
والظاهر شاهد لمدعي الصحة والاصل في الذمة ان كان هو البراءة لكن بعد ما اقر بشغل الذمة
دلالة صار الظاهر هو الشغل والاستحقاق قوله فالقول لرب السلم لان المسلم فيه منعنت
في الانكار حقا له وهو الاصل فان قلت رب السلم بدعوى الاجل يدعي استحقاق المسلم فيه
فلو كان القول مع يمينه له لاستحقه باليمين وانما ما شرعت للاستحقاق بل للدفع اجيب بان
الاستحقاق مضاف الى اقرار المسلم اليه لا الى اليمين وذلك ان الاقرار بعقد السلم اقرار
بالاجل لانه اخذ باجل وانه لم يشرع الا بالاجل فان قلت فيجب ان يستحقه رب السلم بلا يمين
كما لو اقر المسلم اليه بالصحة وكونه مؤجلا صريحا اجيب بان هذا الاقرار يثبت حكم الظاهر ومن لا يثبته
بالاستحقاق الا اذا ناله باليمين حتى انه لا يثبت الاستحقاق به الا باليمين نفسه فان قلت
متى كان الاقرار بعقد السلم اقرارا بالاجل جاز الانكار بعد ذلك مناقضا فينبغي ان لا يقبل البينة
عليه وقد ذكر في الذخيرة انه اذا اقامت البينة لاحدهما تقبل واذا اقامت لهما قبلت بينة
مدعي الاجل لانه يثبت ما ينفيه البينة الاخرى اجيب بان المباشر بالعقد ليس نفي ما يتوقف
عليه صحة حقيقة بل جعل مؤجلا شرعا نظرا الى الظاهر لكن ما لم يثبت الفساد المحتمل بالقيمة
لا مطلقا اذ العقد يحتمل ان يكون فاسدا وان كان خلاف الظاهر والبينة وضعت لاثبات
ما هو محتمل غير ظاهر فلا بد وان كان يقبل على دعوى الفساد فيتوقف جعله مؤجلا الى ان يثبت
الفساد بالبينة بالضرورة ولا منافاة بين جعله مؤجلا في الشرع الى ان يثبت الفساد
بالبينة وبين دعواه الفساد ليسمع عليه البينة بخلاف ما لو اقر به حقيقة وذلك ظاهر
ثم هنا بحث وذلك ان المسلم اليه انما يكون منكرا اما هو حقه وهو الاجل اذا وقع النزاع قبل
حلول الاجل اما اذا وقع فهو ليس بمنكر حقا له وهو الاجل لانه بعد الحلول لا يبقى حقا له فلم يكن
الا دعوى لصحة والفساد فيجب ان يكون القول لمدعي الصحة وعندهما للمنكر وايضا اذا اختلفا
في الاصل وكان لاحدهما بينة فيثبت بينته وان اقاما البينة قبلت فلو كان
انكار الاجل من المسلم اليه نفيا وجب ان البينة انما تقبل في الخصومة لا على النفي
قوله كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك الربح الا عشرة وهذا هو الصواب من النسخ ووقع
في بعضها شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وهو ليس بصحيح لان في قوله وزيادة
عشرة قول المضارب بالاجماع كذا في الشرح قوله بخلاف مسئلة العارية لانه ليس بلازم قلت صرح بالفرق
بين مسئلة السلم والمضاربة بجهة اللزوم وعدمه بعد ما اشار الى فرق اخر بقوله وقد اتفقا على عقد واحد
من حيث انهما اتفقا في مسئلة السلم على عقد واحد وفي المضاربة ادعى المضارب المضاربة ورب المال
الاجارة اذ المضاربة اذا فسدت صارت اجارة فاسدة وانما الاعراض عن بيان المخالفة بين المسئلتين

على هذا الوفق مع ان الاعراب نظمهما ان يقول بخلاف مسئلة المضاربة لانهما لم يتفقا على عقد واحد
لان هذا الوفق كانه رفيق عنه لانا لا نسلم انهما لم يتفقا على عقد واحد في مسئلة المضاربة اذا
المضاربة الصحيحة اجارة جوزت على خلاف القياس لانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله ولو سلم
فيجب ان يتحالف لان كل منهما يدعي على صاحبه عقدا ينكره الاخر فلا يكون القول الواحد منهما وحل
الامام حافظ الملة والدين قوله لانه ليس بلازم يعني قوله لانه ليس بعقد واحد حيث على عدم
اللزوم بانها اذا صحت كانت شركة واذا فسدت صارت اجارة على التعادل على الفساد فلا يدل
ان لا يختاره عقدا اخر فلم يعتبر دعواهما في العقد فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح على رب المال وهو
ينكر فكان القول له واما السلم فعقد لازم متحد على تقديري الصحة والفساد فكان القول لمن يدعي
صحته قوله فالقول لمدعي الصحة عنده قلت هذا اذا لم يدفع مدعي الفساد بدعواه استحقاقا عن نفسه
اما اذا دفعه بدعوى الفساد فالقول لمدعي الفساد ونظيره ان البائع اذا ادعى الاكراه في المبيع
والتسليم والمشتري يدعي الطوع فان ادعى البائع البيع باقل من القيمة له لانه يدفع الاستحقاق
وان ادعى البيع بمثل القيمة فالقول للمشتري لان البائع لا يدفع الاستحقاق عن نفسه ثم القول انما يكون
لمدعي الصحة اذا لم يثبت سبب الفساد بقول من يدعيه اما اذا ثبت ذلك بقوله فالقول لمدعي الفساد
نظيره اشترى جارية فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت الشراء فادعاه البائع فقال المشتري
الحبل لم يكن في ملكك انما اشتريتها وهي حامل وقال البائع اصل الحبل كان في ملكه فالقول للبائع
انه ادعى فساد العقد لان سبب الفساد هو علوق الولد من البائع يثبت بقول البائع اذ الظاهر
شاهد له من حيث انه متمكن من الوطء وان العلوق حادث فيضاف الى اقرب الاوقات قوله
والصحيح انه يجوز بيعا اي انها قبل التسليم بدليل ان الصانع اذا مات قبل التسليم بطل الاستصناع
ولو انعقد بيعا ابتداء وانها لكان لا يبطل بموته كما في بيع المعتق والتسليم وقال محمد اذا اتى به الصانع
كان المستصنع بالخيار لانه اشترى شيئا لم يره ولو انعقد اجارة ابتداء وانها لم يكن له الخيار
ولو كان ينعقد بيعا بعد التسليم لا قبله لساعة لم يثبت خيار الرؤية لانه يكون مشتريا بما راه
والمعنى ان المستصنع طلب منه العين والعمل واعتبارهما في حالة واحدة متعذر بيع من البيع والاجارة
تنافر فجوزنا الاجارة وضع انعقاد البيع فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الامرين حقهما فان قيل
لو كان ينعقد اجارة لكان الصانع يجبر على العمل والمستصنع على اعطاء الدرهم كما في سائر الاجارات
ولو اتى الصانع بمصنوع صنعه قبل العقد يرى عما لزمه بالاستصناع ولو انعقد اجارة لا يتحقق
عليه العمل بعد العقد قلنا انما لم يجبر الصانع على العمل لانه لا يمكنه الا باتلاف عين والاجارة تفسخ
بهذا القدر كالمزارع له ان يمتنع من العمل اذا كان البذر من جهته ولا يجبر المستصنع على اعطاء
الدرهم وان شرط تعجيله لان هذه الاجارة في الاخرة شراء ما لم يره وكان له ان يفسخ العقد ولا يعطي
الثمن واما قوله لو اتى بمصنوع صنعه قبل العقد لم يجبر على العمل قلنا المقصود من العمل المعمول

فاذا سلم المعمول سقط عنه هذا كلام الذخيرة قوله بخلاف مسئلة المضاربة وفي كرخ الاسلام المو وفخر الاسلام خواهر زاده
الفرق بين المضاربة والمنازع فيه لان في المتنازع فيه انعقاد على عقد واحد وفي المضاربة اختلفا فرب
المال ادعى الاجارة فان المضاربة متى فسدت كانت اجارة فاسدة واذا جازت كانت شركة فادعى
المضارب المضاربة والشركة وانكر رب المال واقر بالاجارة فيكون القول لرب المال وههنا
اتفقا على عقد واحد وهو السلم فان السلم الحال سلم فاسد وليس بعقد اخر الا يرى انه يجب
في ثمنه لا يسلم واختلفا في جوازه وفساده فكان القول لمدعي الجواز كذا في الشرح وبهذا ظهر
ضعف ما ذكر في الكافي من كتاب المزارعة انه لو قال رب الارض دفعت الارض بالنصف وقال
المزارع لا بل شرطت لي نصف الخارج وزيادة عشرة اقفزة وكان ذلك قبل العمل فالقول لرب الارض
على قياس ابي حنيفة على قول من اجاز المزارعة لان القول لمدعي الصحة عنده كما في السلم وعندهما القول
للمزارع لانه كان لزوم العمل عليه هذا لفظه ووجه الضعف المزارعة كالمضاربة من حيث ان كلا منهما
اذا صحت كانت شركة واذا فسدت كانت اجارة فوجب على اصل ابي حنيفة ان يكون القول للمزارع
كما في المضاربة لان كلا من المزارع ورب الارض يدعي عقدا اخر والقول انما يكون لمدعي الصحة اذا اتفقا
على عقد واحد اللهم الا ان يمنع كون المزارعة عقدين على تقديري الصحة والفساد بل هي اجارة على
التقديرين حتى يشترط فيه بيان المدة وتنعقد لازمة كالاجارة فيكون اجارة صحيحة على تقدير الصحة
فاسدة على تقدير الفساد فكان كالسلم بخلاف المضاربة فان الغالب فيها معنى الشركة حتى لا يشترط
فيها بيان المدة ولا تنعقد لازمة فكانت شركة على تقدير الصحة اجارة على تقدير الفساد فكان
عقدين مختلفين فصح قياس المزارعة على السلم وبهذا يندفع ما يقال ان المضاربة عقدان على تقديري
الصحة والفساد بل هي عقد واحد صحت او فسدت غير انها اذا صحت كانت اجارة صحيحة على خلاف القياس
واذا فسدت كانت اجارة فاسدة فتامل ثم ذكر في الشرح فان قيل هذا الذي ذكر في المضاربة
يشكل بما اذا قال شرطت نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فالقول
للمضارب ولم يقل انهما اختلفا في نوع العقد قيل هذا لا يلزم لان المضارب وان ادعى المضاربة
والشركة الا ان رب المال اقر بذلك لما قال شرطت لك نصف الربح وهو لقوله وزيادة عشرة يدعي
فساد العقد بعد ما اقر له بالجواز لان قوله وزيادة عشرة يدعي فساد العقد بعد ما اقر له بالجواز
لان قوله وزيادة عشرة معطوف على قوله شرطت لك نصف الربح فاول الكلام لا يتوقف على وجوده كمن
قال انت طالق وطالق لغير المدخول بها بخلاف ما لو قال الا عشرة لان هذا استثناء فاول الكلام
ما يتوقف على الاستثناء هذا لفظه وفيه نظر اذ المعطوف اذا كان يغير الاول الكلام توقف عليه اوله كما يتوقف
على الشرط والاستثناء الا يرى انه لو زوج الفضولي اختين في عقدين فقال اخر اجزت هذه وهذه
بطلا جميعا وعلله الاصوليون بان صدر الكلام وضع لجواز النكاح واذا اتصل اخره سلب الجواز عنه فصار
اخره وهو قوله وهذه في حق اوله وهو قوله اجزت نكاح هذه كالشرط والاستثناء ولا يخفى ان قوله شرطت

لكن نصف الربح موضوع للجواز وقوله وزيادة عشرة بمنزلة الاستثناء وهذا بخلاف قوله لغير المدخول بها انت
طالق وطالق لان اول الكلام فيه لا يتغير اوله ولا يتوقف عليه والجواب ان قوله وزيادة عشرة ابطال لا تغيير
محض والابطال لا يصح وان كان موصولا وبيانه ان قوله شرطت لك نصف الربح اقرار يتعلق حق المضارب
بنصف الربح ثم بقوله وزيادة عشرة يدعي فساد عقد المضاربة وفيه ابطال حقه في الربح فلا يصدق في ذلك
فصار كما لو اقر لفلان علي الف من ثمن عبد ولكني لم اقبضه فانه لا يصدق في انكار القبض لانه رجوع وانه
اقر بوجوب المال رجوعا الى الكلمة علي وانكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة توجب
هلاك المبيع فيمنع وجوب الثمن فكان رجوعا فكذا في مسئلتنا اقر بتعلق حق المضارب بالنصف
رجوعا الى قوله شرطت لك نصف الربح ثم يريد بقوله وزيادة عشرة ابطاله فلا يصدق لان اول
الكلام هنالك وهو قوله وهذه تغيير له من الصحة الى الفساد وليس بابطال لحق احد لا يقال في تغيير
عقد النكاح من الصحة الى الفساد ايضا ابطال لحق المراة في المهر لان المال في باب النكاح غير مقصود
انما المقصود هو العقد لا غير فلا يبالي ببطلان التابع بخلاف الربح في المضاربة فانه مقصود فافترقا
هذا غاية ما يقال في تصحيح ما ذكر الشارح ولكن لو كان قوله وزيادة عشرة ابطالا لزم له
ان لا تقبل بينة رب المال عليه فلا يكاد يستقيم هذا الجواب الا ان يثبت ان البينة عليه
غير مقبولة من رب المال ولكن ذكر في الذخيرة انه اذا ادعى احد المتعاقدين انه شرط النصف
وزيادة عشرة وادعى الآخر انه شرط النصف واقاما على ذلك بينة فالبينة مثبت الزيادة
ويثبت فساد المزارعة فالاوضح ان يقال قوله وزيادة عشرة من بيان التغيير كقوله وهذه
في مسئلة الفضولي الا ان المبين انما يصدق في البيان من غير حجة اذا كان بيانه انكارا
محضا اما لو كان بيانه دعوى شيء لنفسه فالقول لصاحبه الا يرى انه لو اقر بالدين الى شهر
وقال المقر له هو حال فالقول قول المقر له وان كان قول المقر الى اجل بيان يعتبر الا انه دعوى
الاجل لنفسه فلا يصدق فيه الا بحجة كذا هنا رب المال يدعي بقوله وزيادة عشرة فساد عقد المضاربة
بعدما اقر بصحة المضاربة واتفقا عليه والمضارب ينكر فيكون القول للمنكر اذا اتفقا
على البيع وادعى اجلا مجهولا او خيارا مجهولا وانكر الآخر بخلاف ما اذا استثنى عشرة لان
الاستثناء بالباقي مجهول وجهالة المشروط تمنع صحة العقد فلم يتفقا على ما يصح المضاربة
بل ادعى احدهما اجارة فاسدة والآخر مضاربة صحيحة فكان القول لرب المال بخلاف مسئلة
الاجنبي فانه تغيير لا يتضمن دعوى شيء لنفسه فلا يكون نظير مسئلتنا يوضح ما ذكر في الحاشية
العلامة قبيل باب كفالة الرجلين عند قوله ومن قال لآخر لك علي مائة
الى شهر فقال المقر له هو حال فالقول قول المدعي لان بيان التغيير
يصح موصولا اذا كان لم يكن له مكذب وهنا مكذب فلا يصح والفرق بين مسئلة
الاجنبي ومسئلة المضاربة على هذا ظاهر لكان التكذيب في الثاني دون الاول

قوله

قوله لاعن بدليل لانه اولى فيه القياس والاستحسان. والمواعدة تجوز قياسا واستحسانا وفصل
في جوازه بين ما للناس فيه تعامل وبين ما لا تعامل فيه ولو كان مواعدة لجاز في الكل واثبت فيه خيار
الرؤية وهو انما يكون في البيع وسمى شراء وقال المستصنع اذا رآه فهو بالخيار لانه اشترى ما لم يره قوله
الا بضرر فان قلت فيجب ان يفسد البيع كما لو باع جذعا من سقف فانه فاسد وعلله المصنف
بقوله لانه لا يمكنه تسليمه الا بضرر اجيب بان الضرر بقطع الصرم ونحوه مشوب بالبيع فاعتبر
في اثبات الخيار دون الفساد وبنقض الصانع غير مشوب فاعتبر في الفساد وبان القول
بالفساد غير ممكن هنا لمكان التعامل فاعتبر في اثبات الخيار نعم يشكل بان الضرر في النقض
هو الضرر الزائد الذي لم يستحق بالعقد على ما يجيء في الاجارة والضرر في قطع الصرم مستحق به فلا يكون
عذرا قوله ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية تمسكا بظاهر
الحديث اما صدره فمتروك بالمقدمة الاجماعية التي اشار اليها في الدليل الثاني وهي انه
مال منتفع به في الحال او في المآل فيصح بيعه او المطلوب به ابطال مذهب الخصم واذا بطل
مذهبه يثبت ما قلنا لعدم القائل بالفرق بين كلب وكلب او نقول اسم الكلب يقع على
الاسد لقوله عليه السلام اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فسلط الله عليه الاسد فيكون المعنى
نهى النبي صلعم عن بيع الكلب الا بيع كلب يصلح للاصطياد او لحراسة الماشية فيخرج بالاستثناء
كل كلب اهلي لانه يصلح للصيد وحراسة الماشية ولا يبقى في النهي الا الكلاب التي لا تصلحهما
لذلك وهي الاسد ونحوه مما يطلق عليه اسم الكلب ولا يصلح لاصطياد وحراسة الماشية هذا وفيه
نظر لجواز بيع سائر السباع سوى الكلب ايضا وفيه ان بيع السباع انما جاز اذا اصلحت للتعليم والا
لا يصلح لذلك وفيه ان جواز الانتفاع بجلده يكفي لصحة بيعه فالاوجه ان يقال عليه السلام استثنى من مطلق
الكلب كلب صيد او ماشية وما من كلب الا وهو يصلح لصيد وماشية فيكون استثناء
لجميع الافراد المتحققة للكلب للخارج فلا يبقى في الصدر شيء من الافراد وليس هذا استثناء
الكل من الكل لان اسم الكلب مفهوم مباين من كلب صيد وكلب ماشية وعموم الصدر مفهوما يكفي
لصحة الاستثناء وان كان الصدر مع المستثنى متحدا فيما يصدقان عليه كما لو قال نسائي طوالق
الا هندا وزينب وفاطمة وام كلثوم لم تطلق واحدة منهن كذا هنا نهى عن بيع الكلب ثم استثنى
جميع افراده الخارجية فيقتضي جواز بيع جميع الافراد وهو المطلوب فان قلت لا نسلم ان المراد
الا كلبا يصلح للصيد او الماشية بل المراد الا كلبا اقتني لاجل اصطياد الصيد او حراسة الماشية وكل
كلب ان كان يصلح للصيد او الماشية فاقتناء كل كلب لذلك ليس بلازم فيبقى في الصدر ما لم يكن مقتنى
للصيد والماشية والدليل عليه قوله عليه السلام لا تدخل الملائكة بيتا فيه كلب الا كلب ماشية
او صيد اذ المراد كلب اقتني للصيد او الماشية لا كلب يصلح لهما والا لتحرز الملائكة عن شيء من البيوت
التي فيه كلب لان كل كلب يصلح لذلك قلنا البيع يستدعي ان يكون المبيع مما ينتفع به في الحال والمآل

كالجحش وكل كلب يصلح للصيد او الماشية لانه منتفع به حالاً او مآلاً فيجب ان يراد في كل البيع كل كلب صالح لذلك واما احتراز الملائكة عن الدخول في بيت فيه كلب فلاجل نجاسة الكلب والنجاسة لا يقتنى الا عند الضرورة وفي كلب يقتنى لصيد او ماشية ضرورة ولا ضرورة فيما يصلح ولكنه لم يعين لاجله فبالضرورة يكون مانعاً عن دخولهم قوله ولو سلم فيحرم التناول دون البيع فان قلت بل يحرم البيع ايضا لان الشرع لما جعلها نجسا فقد اهانها وفي البيع اعزاز وهكذا علل المصنف فساد بيع الخمر فيما تقدم اجيب ان النجاسة وان كانت تشوهها ان الخمر جوز الانتفاع به شرعا كشوبالقوة والانتفاع بالكلب جايز بالاتفاق فيكون ذاعزة من هذا الوجه والقوة من وجه يكفي لصحة البيع اذ البيع اعزاز من وجه واستهانة من وجه بخلاف الخمر والخنزير لانهما نجسان والانتفاع بهما غير جايز اصلا فلا عزة بوجه لا يصح بيعهما لما فيه من الاعزاز من وجه قوله فالنكاح جايز فان قلت ينبغي ان لا يجوز قبل القبض قلت القدرة على التسليم شرط لجواز البيع ولم يوجد ولا كذلك هنا كذا في الشاهان وفيه نظر لان بيع المرهون وهو في يد المرتهن محبوسا بحقه جايز مع ان الراهن لا يقدر على تسليمه للمشتري وكان عجز الراهن في شرف الزوال وكذا عجز المشتري فالاوجه ان يقال انما لا يجوز البيع لما فيه من غرر الانفساخ والنكاح لا يبطل بالغرر قوله وان لم يطاها فليس بقبض ذكر الصدر الشهيد اشترى جارية ثم زوجها قبل القبض ان تم البيع جاز النكاح وان انتقض بطل في قول ابي يوسف رحمة الله عليه لان البيع متى انتقض انتقض من الاصل فصار كان لم يكن فكان النكاح باطل وذكر القاضي الامام في هذه المسئلة لو ماتت الجارية قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع ومتى لم يطاها حتى ماتت وجب المهر للمشتري قوله واقام البينة انه باعه وقد يقال الا على خصم ولم يوجد الان قلنا الخصم انما يشترط اذا اقيمت البينة للقضاء اما اذا اقيمت لكشف الحال فلا يشترط فيه الخصم نص عليه في الكافي في كتاب اللقيط حيث قال فان رفعا الى اللقيط الى القاضي واقام البينة والقاضي لا يامر عليه بالانفاق انما يامر بالانفاق في الوديعة فلا بد من البينة فان البينة لا تقبل من غير خصم حاضر قلنا هذه بينة تقام لكشف الحال لا للقضاء والخصم في مثل هذه البينة ليس بشرط هذا كلامه فالبينة هنا ايضا لكشف الحال فلا يشترط له حضور الخصم قوله بيع العبد او في الثمن فان قلت هذا بيع ما لم يقبض قلت من سلم نجعل من قال ينصب القاضي من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع وكن فيه نظر لان المشتري ليس له ان يقبض قبل نقد الثمن فكذا ان يجعل وكيلا عنه وقبل البيع هنا ليس بمقصود وانما المقصود النظر للبايع احياء لحقه والبيع يحصل في ضمن النظر يجوز ان يثبت الشي وان كان لا يثبت قصدا كذا في الفوايد الظهيرية والجواب عن النظر ان المشتري انما لا يتمكن من قبضه قبل النقد

[illegible]

طی البايع اما اذا رضي البايع بقبضه فله ان يقبض فكذا وكيله والبايع هنا راض بقبض الوكيل قبل قبضه قوله والمشتري اذا مات مفلسا لم يقبض يعني يبيع المبيع في دين البايع لتعلق حقه بماليته المبيع حتى كان البايع احق بماليته من ساير الغرما كالمرتهن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال عيسى هذا قول محمد رحمه الله الاول وقوله الاخر كقول ابي يوسف قياسا مسئلة المرتهن وسنذكرها والمشهور انه مع ابي حنيفة في هذه المسئلة ومع ابي يوسف في مسئلة المرتهن قوله لانه ايجاب له عليه ولا نظير له في الشرع قلت هذا الدليل لا يكاد يتم من قبل محمد رحمة الله عليه لان الايجاب له عليه جايز على اصله كما عرف في مسئلة رهن الابريق وهي ما اذا رهن ابريق فضة وزنها عشرة دراهم بعشرة ثم هلك فان كانت قيمته مثل الدين او اكثر وان كانت اقل فكذلك عند ابي حنيفة وقالا يضمن قيمة الابريق من خلاف جنسه ويكون رهنا عنه لانه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يودي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس كذا ذكر في كتاب الرهن فقد اوجب محمد رحمة الله الضمان على المرتهن وهو ايجاب ضمان له عليه والجواب ان الايجاب له عليه انما يجوز عند محمد رحمة الله اذا دعت الضرورة اليه والضرورة متحققة في مسئلة الرهن لان المرتهن انما يقبض المرهون ليستوفي من محل اخر لا من عينه وهو غير عالم به ليستوفي حقه من الرهن ايضا فلو لا يعلم ان الرهن يهلك في يده فيصير هو مستوفيا به فلو تعذر استيفاؤه من الرهن ليتضرر به كثير ضرر فاضطررنا الى بعض استيفائه لتضرره به كثير ضرر فاضطررنا الى نقص استيفائه بالتضمين اما في مسئلة اخذ الزيوف مكان الجياد فلا ضرورة الى التضمين لانه قبض الزيوف ليستوفي حقه من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء فاذا هلكت تم استيفاؤه اما كونه غير عالم بصفة الحق فلا يوجب التضمين لانه يقتضي منه كما لو غصب طعاما فاطعمه مالكه من غير ان يعلمه برئ من الضمان عند خلاف الشافعي رحمه الله لانه اذا كان الحلال الذي ادعاه الشافعي بانه ليس باداء ما مور به اذ المرء لا يحابي في العادات غيره في موضع الاباحة فلذلك انما يقع الجهل والجهل لا يبطل حقيقة الاداء هكذا ذكر الامام فخر الاسلام رحمه الله عليه في مسئلتنا لما اخذ الزيوف لياخذ من عينها واهلكها تم الاستيفاء فلو نقض لكان باعتبار جهله بصفة الماخوذ وهو تقصير منه فلا يعتبر

كتاب الصرف

قوله لما روينا يعني في باب الربوا وهو قوله يدا بيد فان قلت قد يستعمل بمعنى يدا بيد عينا بعين فلا يكون دليلا على اشتراط التقابض اجيب لما روينا لما وجب التعيين في الصرف بهذا النص وجب التقابض ضرورة ان الاعيان لا يتعين الا بالقبض فاشتراط التقابض لضرورة وجوب التعيين لان المراد بقوله يدا بيد هو التقابض حتى يلزم فيه الجمع بين الحقيقة والمجاز على ان الجمع بينهما جايز على اعتبار المعم

كالزيغ القماق قوله لانه لا بد من قبض احدهما الخ في العقد على الكالي ثم لا بد من قبض الاخر تحقيقا
للمساواة فلا يتحقق الربوا فان قلت قدمنا في باب الربوا ان تعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا
في المال عرفا اذ التجار لا يفصلون بين القبض في المجلس وغيره وانما يفصلون بالاصل حل حتى لا يشترط
التقابض في بيع الطعام عندنا فلا معنى لاشتراط قبض البدل الاخر لتحقق المساواة اذ المزية
التي هي باعتبار تعاقب القبض في المجلس لا تعتبر مزية اجيب بان هذه النكتة كانها مبنية على ما ذهب
اليه الشافعي رحمه الله فانه يعتبر التفاوت الذي يكون باعتبار التعاقب في القبض حتى لا يجوز
الا مقابضة احد البدلين في بيع الطعام وجواب اخر قدمناه في باب الربوا وهو المراد بالنقد العين
وبالمؤجل الدين وتعاقب القبض انما لا يعتبر تفاوتا في المال اذا كانا متعينين كالطعام بالطعام
اما التفاوت بين العين والدين فظاهر اذ العين مال حقيقة والدين مال باعتبار عاقبة الاستيفاء
ذكر في المحيط في فصل العوض من كتاب البيوع ان في العقود كلها انما شرط تعيين احد البدلين حقا
للشرع ليصير محل العقد موجودا غير ان في باب الصرف لما لم يتحقق العين الا بالقبض شرط قبض
احد البدلين المتعين وشرط قبض البدل الاخر حقا للعاقد تحقيقا للمساواة بينهما هذا كلامه
وهو تصريح بان اشتراط قبض البدل الاخر لحق العاقد وما ذكر المصنف من انه اشتراط للاحتراز
عن الربوا يشعر بانه شرط لحق الشرع وسيجيء التصريح عن قريب ايضا ثم ما ذكر في المحيط يشكل بانه لو كان
قبض البدل الاخر لحق العاقد وجب ان يسقط برضاه كان المشتري يطالب اولا باداء الثمن لحق البائع
ليتعين حقه في الثمن كما تعين حق المشتري في المبيع ثم اذا رضي البائع بسقوط حقه يصح فكذا هنا وايضا
المساواة الواجبة حقا للعاقد لا توجب فساد العقد عند فواتها كما اذا لم يسلم المشتري الثمن اولا
قوله اولان احدهما ليس باولى من الاخر فوجب قبضهما وفيه بحث لان القبض في بيع
الفلوس شرط من احد الجانبين تحرزا من الكالي بالكالي دون الاخر وان كان احدهما ليس باولى
من الاخر هكذا فقد ذكر في شرح الطحاوي انهما اذا تبايعا دراهم بفلوس فالقبض في احد
الجانبين شرط لانهما لو افترقا من غير قبض حصل الافتراق عن دين بدين لان الدراهم والفلوس
لا يتعينان وان عينت وانما تتعين بالقبض ولو وجد التقابض من احد الجانبين جاز لانه افتراق
عن عين بدين وهكذا ذكر المصنف في اخر كتاب الصرف وذكر في الذخيرة مصرحا في غير موضع فكان
هذا تعليلا جدليا جيء به لدفع الشغب ونظير ما مر في مسئلة بيع التمر بالرطب من قوله ولانه
كان تمرا جاز البيع باول الحديث وهو قوله عليه السلام التمر بالتمر بمثله وان كان
غير تمر فبآخره وهو اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فهذا جواب جدلي لدفع شغب
الخصم والا فهو غير تام الا يرى ان بيع الحنطة المقلية جايز مع ان المقلية
ان كانت حنطة جاز البيع بقوله عليه السلام الحنطة بالحنطة والا جاز لقوله اذا اختلف
النوعان فبيعوا كيف شئتم او بغيره ذكر في الجامع الصغير ما يدل على ان التقابض شرط في بيع

الفلوس

الفلوس فانه قال اذا باع فلسا بفلسين بعينهما يدا بيد اذا كانا بعلته ثم مثلا بجنسين
لم يصح ما ذكر فيه لان التقابض مع العينية انما يشترط في الصرف وهذا ليس بصرف
ومنهم من صححه لان الفلوس من حيث ان لها حكم العوض جوزنا بيع واحد باثنين اذا كانا عينين
كما لو باع سيفا بسيفين او من حيث ان لها حكم الدراهم يشترط التقابض في المجلس مع العينية عملا
بالدليلين بقدر الامكان كذا ذكر في الذخيرة فيحمل هذا التعليل على هذه الرواية والله اعلم ورسوله
ثم قد يشكل بان الصرف بدين سابق جايز بان كان على اخر عشرة دراهم فاشترى بذلك العشرة دينارا
جاز ولا تقابض ثم اذ الدين وصف لا يحتمل القبض وجوابه ان القياس يقتضي ان لا يجوز ولكنا جوزنا
بحديث ابن عمر رضي الله عنه انه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم اني اكرى ابلا بالنقيع الى مكة
بالدراهم واخذ مكانها دنانير او بالدنانير واخذ مكانها دراهم فقال عم لا باس به اذا افترقتما كذلك
وليس بينكما عمل معناه اذا افترقتما ولا يبقى البدلين لاحد كما في ذمة الاخر ثم اختلفوا فقيل
التقابض شرط الجواز وقيل شرط البقاء عليه وقد يشكل على الاول ان شرط الجواز ما يشترط حالة
العقد كالشهادة في النكاح والمالية واما ما يجب بعد العقد يكون حكما لا شرط جواز واجيب عنه
في الذخيرة بان شرط الجواز ما يشترط مقارنا للعقد الا ان اشتراط القبض مقارنا له حقيقة
غير ممكن من غير تراض لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلقنا الجواز بقبض يوجد
في المجلس لان المجلس العقد حكم حالة العقد كما في الايجاب والقبول فكان القبض في مجلس
العقد كالقبض حالة العقد ولكن هذا مشكل لان شرط جواز الصرف التقابض قبل افتراق الابدان
سواء تقابض في مجلس العقد او بعد افتراقهما من مجلسه قبل ان يفترقا بدنا والقبض بعد القيام
عن المجلس لا يمكن ان يعتبر قبضا حالة العقد لا حقيقة ولا حكما ولهذا لا يعتبر القبول بعد القيام عنه
قبل افتراق الابدان لا يقال المجلس قبل الافتراق عن المكان باق من وجه لانه كاف باتحاد
المكان باجتماع الابدان فيبقى ببقاء الاجتماع بدون اتحاد المكان من وجه لانا نقول
بقاء المجلس من وجه يصلح لبقاء العقد منعقدا على ما كان لان الثابت بيقين لا يزول بالشك
ولا يصلح لاثبات الانعقاد ابتداء لان ما ليس بثابت لا يمكن اثباته بالشك والابقاء
المجلس من وجه اول دليل على ان التقابض في المجلس قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط
الجواز قوله لاطلاق ما روينا وهو قوله عليه السلام الذهب بالذهب وفيما بعد
والفضة بالفضة كذا في الشرح وفيه نظر لما مر في باب الربوا ان معنى قوله عليه السلام
في الحديث المعروف يدا بيد عينا بعين وهكذا روى عبادة بن الصامت فكان النص
مقتضيا لوجوب التعيين دون التقابض فلا يصح التمسك به لاشتراط التقابض فيما هو معين
كالمصنوع قوله ولانه ان كان تعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة وفيه بحث
لان هذه الشبهة لا تزول بالقبض لا يخرج عن كونه ثمنا خلقة حتى يبقى به الشبهة

التي جارت لاجله فلو اعتبرت هذه الشبهة لما افاد اشتراط التقابض شيئا، ولما جاز بيع الاثمان
بجاز يوضحه ان القبض والصنعة كلاهما يوجب المتعين العارض على السوا فاعتبار
القبض دون الصنعة مما لا وجه له على ان الصنعة تكون في التبر والنقرة سلعة يتعين بالتعيين
في رواية الجامع الصغير حتى لا يصلح راس المال في المضاربات والشركات وهو الاصح لانها وان خلقت
للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا يصرف الى شيء
اخر ظاهر كذا ذكر المصنف رحمة الله عليه في الشركة وذكر في المبسوط بعد ما ذكر ظاهر الروايتان
الشركة لا تجوز بالتبر فقال قد جعل التبر في كتاب الصرف كالنقود حتى قال لا يتعين بالتعيين
ثم قال والحاصل ان هذا يختلف باختلاف العرف في كل موضع فان كانت المعاملة في بلد بالتبر
فهو كالنقود لا يتعين بالتعيين ويجوز الشركة وان لم يكن في ذلك عرف ظاهر فهو كالعروض
لا يجوز الشركة به فظهر بهذا كله ان الثمنية ليست باصل في التبر وانما يصير ثمنا
باعتبار العرف والتعامل فاذا لم يكن الثمنية فيه اصلا وباعتبار الذات كيف يثبت شبهة
عدم التعيين فيما صنع فيه كيف يصح التعليل بقوله لكونه ثمنا خلقه وقد ذكر في كتاب الشركة
ان الثمنية تختص بالضرب المخصوص وهو يدل على ان الثمنية تعارض العرف ويمكن الجواب
عن الاول بان المعتبر من الشبهة في مواضع اعتبارها هي الشبهة التي لا توجب اعتبارها سد باب
ما يكون بابه مفتوحا شرعا واعتبار الشبهة الحاصلة بكونه ثمنا خلقه مع القبض يؤدي الى
سد باب الصرف في غير المصنوع وبابه مفتوح بالاتفاق فلا يكون معتبرا الا يرى ان الحدود والقصاص
يندرئ بالشبهة ثم الشبهة اللازمة التي هي تؤدي اعتبارها الى سد بابها ليست بمعتبرة
فكذا هنا قوله اعتبار للشبهة في الربوا فان قيل فيه اعتبار شبهة الشبهة لان التقابض
فيما لا يتعين البدلان انما شرط لئلا يلزم شبهة الربوا باعتبار ان للنقد مزية ففيما يتعينان
او يتعين احدهما تنزل الشبهة الى شبهة الشبهة قيل عدم جواز المصنف المضروب نسبه
بقوله يدا بيد لا باشبهة لان الحكم في موضع النص مضاف الى النص لا الى العلة فكانت الحرمة في هذه
الصورة باعتبار الشبهة او شبهة الشبهة انما لم تعتبر اذا لم يكن منصوصا عليها
اما اذا كانت الحرمة في الموضع الذي فيه شبهة الشبهة منصوصا عليها كان ثبوت الحرمة باعتبار
النص لا شبهة الشبهة وفي بيع المضروب بالمصنوع جاءت الحرمة نصا وهو ما روي عن عمر انه
انه قال الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل لا يباع غايب منها بناجز
وان استنظرك ان يدخل بيته فلا ينظره فاسم الذهب والورق يتناول المصنوع منها ايضا
فكانت الحرمة بالنص لا بشبهة الشبهة كذا في الشرح قلت لو كانت الحرمة بالنص ولم يكن فيها
تاثير لشبهة الشبهة كان الاشتغال بالتعليل بالشبهة النازلة اشتغالا بما لا يعنيه ولا
يظن ذلك بمن له ادنى تمييز فكيف بمثل المصنف ثم قال بعض المحققين من الاصوليين

ان موفة

ان موفة ما يتعين وما لا يتعين امر خفي عند التجار فادير الحكم مع ما قام مقام الدين بالدين وهو
اسم الصرف فاشترط القبض فيه وفيه نظر لان هذا الخفاء غير معتبر في الشرع الا يرى ان حكم
التعيين وعدمه معتبر في الشركة في حق التجار حتى انها تصح بما لا يتعين فالمضروب ولا يصح
بما يتعين كالتبر والابدار وهنا جوانه على اسم الذهب والفضة اعتبار الخفاء موفة
ما يتعين وما لا يتعين كيف والخفاء لجهله وهو ليس بعذر قوله والمراد منه الافتراق بالابدان
فان قلت وجب ان يعتبر الافتراق عن المجلس لان التقابض انما اشترط في الصرف ليخرج العقد
عن الدين بالدين وانما يخرج عنه اذا حصل التقابض في المجلس بل القبض من حيث ان ساعات
المجلس كساعة واحدة فيكون التعيين الحاصل في المجلس بالقبض كالتعيين في صلب العقد
بخلاف ما اذا اختلف المجلس فان ساعات المجلسين لم يعتبر كساعة واحدة في قبول العقد ورفع
المفسد حتى لو اوجب البيع ثم قاما عن مجلسهما ذلك فقبل الاخر لا يجوز وان لم يفترقا
ابدانا وكذا لو باع بالرقم فاعلمه في المجلس جاز لو اعلم بعد القيام عنه لا ينقلب جايزا وان كانا
لم يفترقا ابدانهما بعد فكذا في التقابض وجب ان يعتبر افتراق المجلس لا افتراق الابدان اجيب
بان التقابض في الصرف شرط بقائه على الصحة لا شرط انعقاده صحيحا فلما انعقد صحيحا
والمجلس قبل افتراق الابدان باق من وجه دون وجه فمن حيث انه باق لا يبطل العقد ومن
حيث انه زائل يبطل وقد وقع صحيحا فلا يبطل بالشك بخلاف البيع بالرقم فانه وقع فاسدا
فلا ينقلب جايزا اذا اعلمه بعد القيام عن المجلس قبل افتراق الابدان بالشك وكذا العقد لا ينعقد
بالايجاب فاذا قبل قبل افتراق الابدان بعد الافتراق عن المجلس من وجه دون وجه
ولم يكن منعقدا فلا ينعقد بالشك قوله في قبض راس المال السلم الحاقا لراس مال السلم
ببدل الصرف لان القبض في كل منهما لم يشترط الا ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم المعتبر
في الصرف هو الافتراق بدنا فكذا في السلم وفيه بحث لان القياس ان يشترط القبض في المجلس
ليكون التعيين فيه كالتعيين في صلب العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة غير انه اعتبر
التعيين في الصرف قبل الافتراق بدنا وان كان بعد المجلس بالاثر بن عمر بخلاف القياس فيقتصر
على مورده ولا يصح الحاق السلم به وجوابه ان القبض في المجلس في كل من الصرف على الصحة
والمجلس من وجه يكفي لبقاء ابتداء الانعقاد لانه لا انعقاد الا بالقبول ولا المجلس من وجه لا يلزم
الا بان بالشك قوله فان افترقا قبل القبض العوضين واحدهما بطل العقد لانه بالافتراق
قبل القبض يكون بيع الدين بالدين وهو باطل لا فاسد صرح بذلك في الكافي في كتاب الصلح ويؤمن
انه لو احال احد المتعاقدين في الصرف صاحبه على غيره ثم افترقا عن قبض بطلت الحوالة فلو لم يبطل
الصرف في التوقف بلا قبض بل يفسد لما يطلب ويؤيده ايضا ما سياتيك انه لو باع اناء فضة وقبض بعض عنه

بعد الافتراق

ثم افترقا عن غير قبض بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وصار الاناء مشتركا بينهما فقد حكم بالشركة
وذا دليل على بطلان البيع وانه تعى عنه فيما لم يقبض فان قلت الشرع اوجب المماثلة والتقابض
بقوله مثلا بمثل يدا بيد ثم تعوف المماثلة لا يبطل العقد وبفوت التقابض يبطل فما وجه الفرق
قلت ان بانتفاء المقابلة لا ينعدم ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فلا يبطل العقد
وبفوات التقابض بفوات ركنه لانه يصير بيع الدين والدين ليس بمال بل هو وصف
حقيقة فلا يكون مبادلة المال بالمال فيبطل العقد الا انهما اذا تقابضا في المجلس بعد ذلك الدين
عينا وقت العقد لان مجلس العقد له حكم حالة العقد لا يقال الدين اذا لم يكن مالا كيف
يصح جعله ثمنا بدون اشتراط القبض والثمن لابد وان يكون مالا لانا نقول انه ان لم يكن مالا
حقيقة فله حكم المال على ما عرف فصح جعله ثمنا الا ان المالية الحكمية لا تكفي لجعلها مبيعا لان المبيع
اصل فلابد له من المالية الحقيقية بخلاف الثمن لانه تبع فيكتفى فيه بالمالية الحكمية والدين في الصرف
مبيع فلا يكتفي فيه بها هذا ولكن ذكر في الكافي في فصل الاستحقاق ما يدل على ان الصرف بالافتراق لا عن قبض
يفسد ولا يبطل حيث قال باع ابريقا بدينارين وقبض الابريق ونقد دينارا وافترقا فسد في
نصفه والكل ملكه نصفه بوصف الصحة ونصفه بوصف الفساد وللبائع ان يسترد النصف فان جاء
بائع الابريق واستحق رجل نصف الابريق فللمشتري ان يضمه له لانه مملوكه هذا كلامه وهكذا ذكره
الذخيرة فالجمع بين هذا وبين ما ذكر في الصلح ان بيع الدين باطل وليس بفاسد مشكل وجوابه يشبه ان يكون
قوله وفي تجويزه تفويته اي فوات القبض المستحق فان قلت قد صح هبة بدل الصرف والسلم والابراء عنهما
مع انه يوجب فوات القبض المستحق قلت صحة الهبة والابراء يستلزم عند اعتبار انه هبة وابراء باعتبار انه
فسخ للعقد الا يرى ان هبة الصرف وراس المال في السلم والابراء عنهما يتوقفان على القبول واذا
ثبت انه فسخ والمتعاقدين ولاية الفسخ فيصح فسخا ثم هنا بحث ذكرناه في السلم وهو ان الاستبدال
ببدل الصرف بعد الاقالة قبل القبض بحكمها جائز وفيه تفويت القبض المستحق اذ التقابض في اقالة
الصرف شرط بالاجماع قوله وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب فان قلت ما وجه قوله هذا بعدما اقام
الدليل على فساد العقد في الثوب بقوله لان القبض حق الله وفي تجويزه فواته قلت كان هذا
الوجه بين في المعنى لان القبض المستحق انما يفوت بشراء الثوب لو وقعت المقاصة بين بدل الصرف وثمن
الثوب بنفس العقد وليس كذلك اذ من شرط التقاص تجانس الدينين وهما هنا ليسا بمتجانسين
لان بدل الصرف بحيث يتعين بالقبض وتعين بدل الثوب غير واجب ولا مجانسة بين العين والدين
فلما لم تقع المقاصة بينهما امكن ان يدفع ثمن الثوب الى بائعه ويقبض منه ما وجب له عليه
من بدل الصرف فلا يفوت القبض المستحق بشراء الثوب الا يرى انه لو اضاف المسلم الى دين على المسلم اليه
ثم نقد راس المال في المجلس يصح السلم الا انهما لو افترقا من غير قبض بطل فكان البطلان

معنا فالى الافتراق من غير نقد لا الى الاضافة الى الدين كذا هنا لو افترقا بلا قبض يبطل الصرف
للافتراق لا عن قبض لا بشراء الثوب فلما لم يكن فوات القبض هنا فالشراء الثوب
ينبغي ان يجوز الشراء قوله وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وفيه بحث اما اولا فلان هذا
انما يكون بيع المبيع قبل القبض اذا تعين البدل في البيع الثاني وليس كذلك واجيب عنه
بان شبهة كونه مبيعا معينا ثابتة في البيع الثاني من حيث تقديره الثمن به فيكفي ذلك لسلب الجواز
اذ الشبهة ملحقة بالحقيقة ولكن هذا الجواب غير مرضي لان ما لا يتعين بالتعيين لو كان معينا من كل
وجه لكان في شراء الثوب به شبهة التصرف في المبيع قبل القبض لكن بدل الصرف بيع من وجه
ثمن من وجه فنزل الشبهة الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة واما ثانيا فلان حرمة بيع المبيع قبل
القبض معلوم بعدم الانتفاء حتى جاز بيع العقار قبل القبض لانعدام الغرر فيه ولا يخفى انه لا غرر
في شراء الثوب ببدل الصرف لانه لا يتعين بالتعيين قوله ولكن يشترط القبض في المجلس يعني حقيقة
او حكما والمجلس قبل الافتراق بعد الذهاب الى المجلس باق حكما قوله والظاهر منه
الاتيان بالواجب وقد يشكل هذا بما اذا اضاف الوقت بحيث لا يبقى فيه الا الواجب وصلى فيه
بمطلق النية لا يجزيه عن الفرض وان كان الظاهر منه الاتيان بالفرض لا بالنفل وجوابه يخرج
مما ذكر في البزدوي من قوله ومن حكمه اي حكم كون الوقت الصلاة ظرفا للمؤدى لا معيارا له انه لزمه التعيين
اي تعيين النية لما قلنا من تعدد المشروع ولم يسقط اي نية التعيين بضيق الوقت لان التوسعة
انما ثبت شرطا زايدا وهو التعيين فلا يسقط هذا الشرط بالعوارض ولا تقصير من العباد كذا
في البزدوي وحواشيه وتوضيحه ان تعيين النية هنا لما وجب على المكلف باعتبار توسع الوقت
ووجود المزاحم لم يسقط عنه بحكم الظاهر اذ الظاهر يكفي للابقاء دون الرفع والاثبات والحاجة
هنا الى اسقاط ما وجب من تعيين النية بخلاف مسئلة الجارية والطوق اذ البيع صحيح
والحاجة الى ابقائه اذ التقابض شرط بقائه على الصحة في الصحيح من المذهب فلا يحكم بفساده
الا اذا افترقا عن قبض يقينا وهنا قد وجد الافتراق عن قبض بحكم الظاهر ولو كان الافتراق
لا عن قبض مع الافتراق لا عن قبض سوا في الاحتمال لم يصح امضاء الحكم بفساد البيع المنعقد على الصحة
فكيف وجانب الافتراق عن قبض راجح بحكم الظاهر واما في الحج فلم يسقط هناك التعيين بالظاهر
لكان الدلالة العرف اذ التعارف هو الاشتغال بالفرض دون النفل مع شغل الذمة بالفرض
ولا عرف في الصلاة فان الانسان كثيرا ما يشتغل بالنفل مع شغل الذمة بالفرض بل ربما يترك
الصلاة مع القدرة عليه لا يكتفي بالكلية فلم يبق لحكم سقوط التعيين عن ذمته الا الظاهر حال المسلم بحكم
الديانة ولكن الظاهر لا يكفي لاسقاط الثابت هذا غاية ما يمكن هنا ثم يشكل ما ذكر في المحيط حيث قال
في فصل خيار العيب وفي المنتقى رجل اشترى كر حنطة بعشرة دراهم ولم يدفع اليه الثمن حتى وجد بالكر
عيبا ينقص العشر فاراد رده فصالحه البائع على كر شعير بعينه فانه جائز وحصة الشعير نقصان

سهو جليله

لهم

العيب وان تغير عينه ووصفه وسمى اجلا لهم فهو باطل والشعير سلم وكذا لو اذا دفع اليه كل الثمن
ولو دفع اليه عشر الثمن ولم يقل هذا حصته الشعير الذي نقد من جميع الثمن فيثبت عشر كر
الشعير ويبطل تسعة اعشاره هذا لفظه ووجه الاشكال ان نقد راس المال واجب في المجلس
مع انه لا يصرف اليه عند الاطلاق وايضا لو صالح عن الف درهم وعشرة دنانير على الف درهم
وعشرة دراهم على ان ينقد خمسمائة والباقي الى اجل ثم نقد خمسمائة في المجلس لم يجز عند محمد لان العقد
في الدنانير صرف فقد صار التاجيل شرطا في الصرف فافسد والمسئلة في الكافي في كتاب الصلح
فقد حكم بفساد الصرف في الدنانير مع امكان ان يصرف المنقود الى بدل الدنانير وما بقي الى بدل
استيفا بعض الدراهم كما هو مذهب ابو يوسف قوله والمباشرة على وجه الجواز هي الظاهر
منهما فان قلت اذا كان عبد بين رجلين فباعاه جميعا بالف درهم ثم اشترياه جميعا قبل
نقد الثمن بخمسمائة جاز شرا كل واحد في ربعه لان كل واحد منهما نصفه شايعا نصفه
مما باع بنفسه ونصفه مما باع شريكه فصح الشرا فيما باع شريكه لعدم المفسد وفسد فيما باعه
بنفسه لوجود المفسد وينبغي ان يصح شرا كل منهما في نصف العبد بان يصرف شرا كل
الى نصف شريكه تحريا للجواز والصحة كما في المسئلة المذكورة اجيب بان الفساد بسبب
شرا ما باع باقل مما باع فاسد خفي لكونه مجتهدا فيه فلا يظهر قصد العاقدين الى اوجه تصحيح
شرا كل في نصفه مسئلتنا فان فساد الصرف بسبب التاجيل فاسد ظاهر والظاهر من
العاقد في مثله الاحتراز عنه قوله وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون
ودفع الثمن خمسين جاز البيع الى ان قال وهذا اذا كانت الفضة المؤدة ازيد مما فيه فان قلت
روي عن فضالة انه قال اشتريت يوم خيبر قلادة باثني عشر دينارا فيها ذهب وخرز ففصلها
فوجدت فيها اكثر من اثني عشر دينارا فذكرت ذلك للنبي عم فقال لا تباع حتى تفصل فيه
نهي عن بيع الذهب بالذهب ومع احدهما شيء غير الذهب مطلقا سواء كان الذهب اكثر
من الذهب الذي في السلعة او اقل مما ذكر من انه يجوز اذا كان الثمن اكثر مما في السلعة قياسا
يرده النص اجيب بان المقصود من الفصل هو العلم بما فيه من الذهب فاذا كان معلوما كفينا
مؤنة الفصل فكان المراد بحكم الدلالة لا تباع حتى يعلم ما فيه من الذهب ثم تباع على وجه
لا يلزم الربوا فلا يكون القياس مخالفا للنص بل موافق الدلالة قوله وكذا لو قال خذ هذه
الخمسين من ثمنهما لانه قد يعبر بالمثنى عن الواحد قلت فيه اشارة الى انه لو قال خذ هذه
الخمسين من ثمن السيف بطل العقد في الحلية ولكنه يشكل بما لو صالح الامام مع الكفار
على ان ياخذ كل المال من اراضيهم دون جماجمهم او من جماجمهم دون اراضيهم لا يصح لان فيه
اهمال جماجم الكفار عن الجزية او اخلا اراضيهم عن الخراج وذا باطل ويقسم المال على الجماجم والاراضي
بترتيب مراتب الشرط بطل وبقي الصلح فكانه اجمل البدل واطلق العقد كذا في الكافي في السير

لو باع سيفا محلى بمائة درهم

في فصل ذكر بعد باب الجزية والخراج لا يجوز الافتراق بلا قبض بل العرف فكان الحكم ببطلان تعيين
النقود في مسئلة السيف المحلى بمقابلة السيف وجعله مطلقا احترازا عن ارتكاب المحرم
قوله وان كان تتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية فان قلت فيه
تفريق الصفقة قبل القبض قلت تفريق الصفقة هو ان يقبل احدهما ويترك الاخر وهنا
لم يترك الاخر بل لم يجعل هو مبيعة لفوات الشرط وبعض المبيع اذا خرج عن المبيع لا يؤثر
في بطلان العقد في الاخر كما اذا مات احد العبدين قبل الاخذ القبض فالعقد في العبد الباقي
باق لان الذي مات قبل التسليم صار كانه هلك قبل المبيع وورد العقد على الباقي منفردا كذا
في الحاشية الناجانية قلت اما السؤال فغير موجه لانه اذا اراد ان فيه تفريق الصفقة قبل
القبض فينبغي ان يفسد العقد في السيف ايضا فلما عرف ان تفريق الصفقة لا يوجب
فساد العقد بل يوجب الخيار اشار اليه المصنف في اذا باع صبرة كل قفيز بدرهم ولم يسم جملة
القفزان انصرف الى قفيز واحد حيث قال ثم اذا جاز البيع عند ابي حنيفة رحمه الله في قفيز واحد
فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه بهذا اللفظ فقد اثبت عند تفرق الصفقة الخيار دون
الفساد وان اراد فيه تفريق الصفقة فينبغي ان يكون له الخيار في السيف فلان المصنف رحمه الله
لم يتعرض للخيار لا نفيا ولا اثباتا فكيف بني عليه سوال ثبوت الخيار او عدمه مع ان
ثبوت عدم الخيار للمشتري في هذه الصورة في السيف غير مسلم ولو سلم فعدم الخيار باعتبار ان
هذا التفريق جاء من قبل حيث هو ترك النقد وانه فعله واما الجواب فغير سديد لان المصنف رحمه الله
قد اثبت تفريق الصفقة في مسئلة الصبرة مع انه ليس من قبيل قبول العقد في احدهما وتركه
في الاخر وانه ظاهر فعلم ان تفرق الصفقة عبارة عن بقاء العقد في البعض دون الكل وفي اذا
مات احد العبدين قبل القبض تفرق الصفقة ايضا والظاهر انه يتخير في الباقي قوله والعقد
كان لانه يصح ثم تبطل بالافتراق وقد يقال بيع الدين بالدين باطل الا انه اذا تقابضا البدلين
في المجلس يتعينان بالقبض والتعيين في المجلس لكون ساعاته كساعة واحدة كرخصة صلب العقد
فيجب ان يكون الامر اي وان تفاسخا قبل الافتراق ظهر انه كان صحيحا والا ظهر انه كان فاسدا فالحكم
او الفساد مظهر من الاصل لا انه يصح في الحال ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض وذلك لان المصحح للعقد
هو التعيين في صلب العقد بعد حتى يحكم بالصحة وانه لم يظهر وجوده بل هو محتمل الظهور ومحتمل
عدمه قوله ومن قضية الانقسام على المبيوع وحينئذ يجوز ان ينقسم الدرهم لا بمقابلة الدرهمين
والدينار بمقابلة الدينار وهو ربوا كما جاز [illegible] عكسه فلا اقل من شبهة الربا وفيه بحث لان
الانقسام يقتضي ان ينقسم كل جزء لا يتجزى من احد المجموعين بمقابلة كل جزء لا يتجزى من المجموع الاخر
ولا ربا في مقابلة كل جزء من هذا الجزء من ذلك وهذا اذا استوى الجنس من اجزاء الظاهرة وهنا اذا تفاوتا
فلا ربوا في بيع جزء غير متجزء بجزئين غير متجزئين من المحرم وهو التفاضل وزيادة الجيد لا يدخل

او الجزء والفرد

بكل جزء

اذا لم

نحت الوزن **قوله** وكذا اذا اشترى عبداً بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البايع مع عبد اخر
بالف وخمسمائة لا يجوز قلت القياس على هذه المسئلة انما يستقيم على قول زفر رحمه الله عليه لا على
قول اصحابنا لان لا اشترى اما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن جائز عنده اذ هو القياس على قوله ايضاً
لكن على زعمهم رد المذهبنا لا تصحيح لمذهبه **قوله** ولانه طريق متعين لتصحيحه فان قلت ليس
بمتعين لامكان ان يقابل درهم من درهمين بمقابلة درهم ودينار من الدينارين بمقابله
درهم ودينار الدينارين بمقابله درهم باق من الدرهمين قلت ما قلنا متعين للصحة كذا في
الشرح **قوله** بخلاف مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في الغلب بصرف الربح كله الى الثوب
والتولية تضاد المرابحة فكان ابطالاً للتصرف اصلاً كذا في الكافي قلت هذا الجواب ان كان يستقيم
على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لانهما يجعلان التولية والمرابحة اصلاً في العقد
فهو لا يكاد يستقيم على محمد رحمة الله عليه لانه يجعلهما وصفين مرغوبين كوصف السلامة حتى لو اطلع
المشتري على خيانة في التولية او المرابحة فهو بالخيار عنده فيهما وعلله في الكتاب بان
الاعتبار للتسمية لكونه معلوماً والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً
كوصف السلامة فيتخير بفواته فلما كانت المرابحة وصفاً مرغوباً ينبغي ان تصحيح المرابحة وان
وان كانت وصفاً عند محمد رحمه الله فهو وصف مرغوب فكما لا يجوز التصحيح بالابطال بابطال
الاصل لا يجوز بابطال الوصف المرغوب ايضاً **قوله** والطريق في المسئلة الثانية غير
متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري فان قلت كما يكثر جهات الصحة
ههنا تكثر جهات الفساد ايضاً لانك لو جعلت بمقابلة المشترى الفاً لا جهة لم يجز
ثم قلت لا بل طريق الفساد هنا متعين وهو الشرا بأقل مما باع فاذا فرضت لا يكون الفاً والا
به اما الجواز فله طريقان احدهما الشرا بمثل ما باع والثاني باكثر مما باع ثم التحقيق فيه ان يقال انما الحكم فيهما بالفساد
مطلقاً بل يرجع الى الانقسام بالقيمة فان كان ما يخص المشترى اقل مما اشترى لا يجوز وان كان مثله
او اكثر جاز الى هذا اشار الشيخ رحمه الله في مسئلة ما اذا اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البايع
قبل نقد الثمن بخمسمائة يبطل البيع في المشتري ولا يبطل البيع الفاسد حيث قال لان الفساد
هنا طارٍ يظهر بالانقسام اى انقسام الثمن الى قيمتيهما فهذا اشارة الى انه لو كان
ما يخص المشتري اكثر مما اشترى ومثله لا يظهر الفساد اصلاً واليه اشار في
المبسوط ايضاً حيث قال في المسئلة العبدين ان معنى المعاوضة يتحقق ههنا فان عملنا
الجواز لكنه يجب المصير الى الانقسام بالقيمة فقوله يجب المصير الى الانقسام بالقيمة دليل على ان البيع في العبد
المشترى ليس بفاسد على الاطلاق بل يجب الرجوع الى انقسام الثمن على نحو ما قلنا والدليل على ان الثمن
ينقسم بحسب القيمة انه لو اشترى عبدين فقبضهما ثم استحق احدهما يرجع على البايع بما يخص
المستحق من الثمن بعد قسمته على قدر قيمتهما وكذا لو وجد باحدهما عيباً ورده خاصة رجع بما يخصه من الثمن

[margin:] ملح
[margin:] دينار ح
[margin:] لعله وقوع التغير وذكر لان فيما ذكرنا تغييرين صرف درهم الى دينار و دينارين الى درهمين وفيما ذكره ثلث تغيرات وهو صرف درهم الى درهم وقد دينار الى دينار ودرهم الى دينار فكان اكثر تغيراً متعيناً للتصحيح صح صح صح
[margin:] المبيع عنده في الغلب بصرف الربح كله الى الثوب لانه تغير الوصف لتصحيح الاصل الا ان يقال المرابحة صح

بعد

بعد القسمة بحسب القيمة وكذا لو جمع بين عبده وعبد غيره فاشتراهما يدخل عبده في البيع ثم يخرج ويقسم
الثمن عليهما بقدر قيمتهما وبالجملة ان قسمة الثمن على العبدين مثلاً بحسب القيمة لا بحسب القيمة
الرؤس وذلك منصوص في غير موضع ولما كان الثمن منقسماً على العبدين بحسب القيمة لم يصح الحكم
بفساد البيع في العبد المشتري فيما اذا اشترى عبداً بالف ثم باعه من البايع واخر معه بالف وخمسمائة
مطلقاً بل يجب فيه التوقف حتى يقسم الثمن عليهما بقدر قيمتهما فان اصاب المشتري الفاً او اكثر صح
وان اصابه اقل بطل وكانت جهة الصحة والفساد متعينة بعد الانقسام كما ذكرنا فان الحكم بفساد المشتري
بالف مطلقاً باعتبار ان جهات التصحيح فيه متعارضة الآن يقال معنى قوله لا يجوز
في المشتري انه لا يحكم بجواز العقد فيه في الحال يعني قبل قسمة الثمن عليهما بحسب القيمة وان
امكن الحكم بصحة صرف الالف اليه لان التصحيح كما يمكن بصرف الالف اليه يمكن بصرف الالف
ونصف اليه فتعارضت جهات التصحيح لانه بجميع الجهات متعذر وبالبعض ترجيح بلا مرجح
فيجب التوقف الى ان يظهر الحال بانقسام الثمن عليهما بحسب القيمة وعن هذا لم يقل فسد
العقد في المشتري بل قال لم يجز في المشتري يعني لم يحكم بالجواز في الحال مع امكان التصحيح والله اعلم
قوله والمعين ضده مشكل فانه لو قال لعبده ودابته هذا حر او هذا انه يعتق
العبد لانه يحتمل التعيين حتى لزمه التعيين فيما اذا قال لعبديه احدكما حر والعمل بالمحتمل اولى من الالغاء
فيجعل ما جعل كحقيقته مجازاً عما يحتمله ولئن استحالت حقيقته كذا ذكر الامام فخر الاسلام علي البزدوي
رحمه الله واته تنصيص بانه لو تضاد بين المنكر والمعين وان استعارة المنكر للمعين جائز
عند تعذر الحقيقة واما ابو يوسف ومحمد رحمهما الله فانهما لا يقولان بعتق العبد لان مجاز الكلام
على المعين لاستحالة الحقيقة لان تصورها شرط لتصير الى المجاز عندهما لا لان المنكر يضاد المعين
ولهذا لو قال لعبده وعبد غيره احدكما حر ونوى عبده جاز بالاتفاق بل ذكر في المبسوط انه انما لا يعتق
العبد عندهما فيما اذا قال لعبده ودابته احدكما حر اذا لم ينو شيئاً اما اذا نوى عبده يعتق عندهما ايضاً
والنية انما تصح فيما يحتمله الكلام وايضاً اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف
الى نصفه خاصة مع ان النصف مطلق وقد اريد به المعين ولا فرق بين ان يراد باحدهما المعين
منهما وبين ان يراد بالنصف المعين المطلوح منه وليس في الحمل على المعين تغيير المحل اذ المبيع هو احدهما
وبعد التعيين يكون المبيع هو احدهما ايضاً معيناً فيغير من وصف النكارة وتغيير الوصف
للتصحيح جائز **قوله** وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحاً والفساد في حالة البقاء اذ القبض
شرط البقاء على الصحة وصرف الجنس الى خلافه للتصحيح وهو صحيح بدونه فان قلت تصرف
الجنس الى خلافه يبقى صحيحاً كما يصرف هنا لينعقد صحيحاً قلت الفساد ثم موهوم الجواز ان تقابضا
في المجلس وهنا متحقق كذا في الكافي وهذا الذي ذكر يصلح جواباً للمسئلة الثانية ايضاً
لان الفساد هنا موهوم في الحال لانه انما يظهر في بقاء حالة البقاء بانقسام الثمن على قيمتها ويجوز ان يكون

ما يخلص المشتري من الثمن اكثر مما اشترى او مثله فلا يفسد البيع فيه فلا ينصرف الالف اليه دفعا للفساد
الموهوم كما لا يصرف لجنس الى خلافه في المسئلة الاخيرة فان قلت ما وجه النقض عن الاخيرة عند
من يرى القبض شرطا للصحة دون البقاء عليها قلت من جعل القبض شرط الصحة فهو ايضا
لا يحكم بالفساد قبل الافتراق بل الحال عنده مراعى لان افتراقا بلا قبض فسد من الاصل
ولان يتقابضا قبل ان يفترقا فظهر الصحة من الاصل فلا حاجة الى تصحيح العقد بصرف الجنس
الى خلافه لعدم ظهور الفساد بدونه لجواز ان يتقابضا في المجلس فيظهر انه كان صحيحا فلا يكون
صرف الجنس الى خلافه متعينا للتصحيح **قوله** واذا تقابضا يتضمن ذلك فسخ الاول
والاضافة الى الدينار اذ ذلك يكون استبدالا بثمن الصرف قوله صحيحة لما مر انه لو اشترى
ثوبا ببدل الصرف قبل القبض لم يصح لما فيه من تفويت القبض المستحق او التصرف في المبيع
قبل القبض لان كلا من بدلي الصرف مبيع وعلى ما ذكر هنا من ان التقاضي لا يتضمن الاستبدال بيدل الصرف
تضمن الصرف يتضمن فسخ الاول والاضافة الى الدينار يجب ان يصح لشرى الثوب ويتضمن ذلك فسخ الصرف
تحرزا عن التصرف في بدل الصرف وعن تفويت المستحق **قوله** والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء
قلت الاضافة الى الدينار توجب المقاصة من غير تقاض فيقدر ما يبطل التقاضي والمقتضي
يجب ان يكون مصححا للمذكور لا مبطلا له والجواب ان التقاضي وان كان يبطل فما هو المقصود منه
وهو امتناع المطالبة من الجانبين يحقق فصار التقاضي متحققا حكما **قوله** ولكنه صرف فان
قلت لما صرف الجنس الى خلافه لم يبق صرفا اذ الصرف هو بيع الذهب او الفضة بالذهب او الفضة
اجيب بان ظاهر العقد صرف غير انه صرف كل جنس الى خلافه لضرورة تصحيح الصرف ففيما وراء التصحيح
يعتبر الظاهر فيشترط القبض وقد يقال لو كان الظاهر معتبرا في اشتراط القبض او في ذلك شبهة
الربا وكما يجب التحرز عن حقيقة الربا يجب التحرز عن شبهة ايضا فالظاهر ان المص رحمه الله جعل بيع
الاثمان الاصطلاحية ايضا صرفا كما هو مختار بعض المشايخ في بيع الفلس بالفلسين او بالفلس
حتى شرط التقابض فيه وان كان عينين كما ذكر نقلا عن الذخيرة في اول الكتاب **قوله**
واذا شرط القبض في الفضة شرط في العقد لانه لا يعتبر الا بتقدير قلت هذا يشير الى انه
لو باع سيفا محلى بالفضة التي لا يتخلص الا بضرر يشترط القبض في السيف ايضا
بغير هذه العلة التي ذكرها من انه لما شرط في الفضة لكونه صرفا فيها يشترط فيما لا يتخلص
عنه الا بضرر ايضا **قوله** ثم هي ما دامت تروج يكون اثمانا لا تتعين بالتعيين
قد مر ان الفلوس الرائجة يتعين بالتعيين عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله عليه
لان الثمنية فيها يثبت باصطلاح العاقدين فيبطل باصطلاحهما وغالب الغش في حكم الفلوس
كما مر فيجب ان يتعين بالتعيين عندهما كالفلوس **قوله** كما اذا اشترى بالرطب وانقطع
اوانه فانه لا يفسد البيع في الصحيح وقد حكى الامام ظهير الدين عن استاذه ان العيب اذا كان

ثمن مبيع يفسد البيع بانقطاعه قبل التسليم ولا يبقى للبائع حق المطالبة بالعيب بل يجب على المشتري رد المبيع
ان كان قائما ورد قيمته ان كان هالكا والفرق لابي حنيفة في الرواية الصحيحة بين انقطاع
الرطب او العيب اذا جعل ثمنا وبين كساد الدراهم المغشوشة قبل التسليم هو ان العود
في الرطب ثابت من غير صنع العباد ولا كذلك الدرهم **قوله** فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل
اي فيفسد وليس المراد منه حقيقة البطلان لانه لما بطلت ثمنية الدراهم المغشوشة
فغاية الامر انه بقي بيعا بلا ذكر ثمن لا بيعا مع نفي الثمن والبيع مع نفي الثمن ان كان باطلا
في رواية فالبيع مع عدم ذكر الثمن والسكوت عنه فاسد ليس بباطل صرح به المصنف رحمه الله في كتاب
الوصايا في قبيل فصل في اعتبار حالة الوصية حيث قال الثمن في البيع ما هو حتى ينعقد البيع بدونه
غيره ذكره وان كان فاسدا وفي خزانة الفقه باع بغير ثمن هل ينعقد فيه روايتان واجمعوا انه اذا سكت
عن ذكر الثمن ينعقد والله اعلم **قوله** عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه خلافا لهما في الشرح
هذا مخالف لرواية الاسرار والمبسوط وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس
في هذه الكتب من غير خلاف بين اصحابنا الثلاثة فقال في الاسرار اذا اشترى شيئا بفلوس في الذمة
فكسدت قبل القبض يبطل الشراء عندنا وقال زفر لا يبطل الى اخره قلت هذا الغش ليس كالدراهم
بل هو في حكم الفلوس ثم كساد المغشوشة يوجب بطلان البيع عند ابي حنيفة خلافا لهما فكذا كساد الفلوس
فاما الفرق بين كساد المغشوش وكساد النافقة عند ابي يوسف ومحمد رحمهما فلا يعقل له وجه
فلو ثبت الاتفاق بين العلماء الثلاثة في بطلان البيع عند كساد الفلوس كما هو ظاهر رواية الاسرار
كان ذلك رواية عنهما في بطلان البيع عند كساد المغشوش وما ذكر من مذهبهما في المغشوشة من عدم
بطلان البيع ولزوم قيمتها فذلك رواية منهما في الفلوس النافقة اذا كسدت قبل القبض فلا يحتاج
الى الفرق والله اعلم بالصواب **قوله** انظر اي انظر للمستقرض لان قيمته يوم الاستقراض اكثر من
قيمته يوم الانقطاع وكذا في حق المقرض بالنظر الى قول ابي حنيفة كذا في الكافي وقد يقال لا يلزم
ان يكون قيمته يوم الاستقراض اكثر من قيمته يوم الانقطاع وهو قيمة اخر ما تعامل الناس بل يجوز ان
يكون الامر بالعكس الا ان يقال الكساد يكون بالتدريج وكلما ينقص الرواج ينقص قيمته غالبا
لانه حينئذ اروج من قيمته قبيل الكساد المطلق فيكون قيمته يوم الاستقراض انظر للمستقرض
وفي حق ... انظر هنا بمعنى اكثر نظرا قياسا فالقياس قد يسمى نظرا لانه من طريق النظر يدرك فيكون
انظر واقيس بمعنى **قوله** ايسر اي للمفتي لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد
لا يعرف الا بحرج كذا في الكافي وفيه ايضا شبهة ظاهرة تعرف بالتأمل **قوله** وعلى قياس
ابي حنيفة رضي الله عنه بطل في الكل لان الصفقة متحدة وهذه دلالة صادقة على ان الصفقة لا تتفرق
بتفرق الثمن ما لم يكرر لفظ البيع فعلى هذا قوله في اول البيوع انه اذا بيع كل واحد كانت صفقتان
معنى محتاج الى التأويل وقد بيناه **قوله** ولو كرر لفظ الاعطاء بان قال اعطني

فيكون قيمته يوم الاستقراض اكثر غالبا

بنصفه فلوسًا واعطني بنصفه نصفًا الاحبة كان جوابه كجوابهما لانهما بيعان وفساد احد العقدين لا يوجب
فساد الآخر بمنزلة ما لو قال بعني بنصف هذا الالف عبدا وبنصفه كذا رطلا من خمر لا يبطل العقد
في العبد لان الصفقة متفرقة وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه لا يصح العقد وان كرر لفظ
الاعطاء لان الصفقة متحدة لانها لو تفرقت انما تفرقت بتكرر قوله اعطني ولا وجه عليه لان
قوله اعطني مساومة وبتكرار المساومة لا يتكرر البيع الا يرى انه بذكر المساومة لا ينعقد البيع حتى
انه من قال لغيره بعني فقال بعت لا ينعقد البيع ما لم يقل اشتريت واذا كان لا ينعقد البيع
بذكر المساومة فبتكراره كيف يتكرر فكانت الصفقة واحدة كذا في الشرح قلت الكلام فيما اذا
دفع الدرهم الى الصيرفي اولا على وجه البيع ثم قال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة
ولا يخفى ان قوله اعطني في هذه المواضع لا يحتمل المساومة فيحمل على الايجاب كما انه بمعنى متى لا
يحتمل المساومة يحمل على الايجاب فقد ذكر في المبسوط انه اذا كتب اليه بعني كذا وكذا فقال
بعت تم البيع وذكر في بعض الشروح وجهه ان قوله بعني من الحاضر يكون استياما عادة اما من
الغائب فيكون احد شطري العقد فاذا ضم اليه الشطر الآخر تم البيع وكذا لو قال المريض لو تكفل
عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرما جاز اقامة المريض مقام الغريم كما سيجي ولا يشترط
القبول لانه يراد بقوله تكفل التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فالحاصل انه يجوز اعطني وبعني
يحتمل ان يحمل على الايجاب بقرينة ودفع الدرهم اولا الى الصيرفي على وجه البيع قرينة على ان قوله
اعطني ايجاب وليس بمساومة او يقول قوله اعطني ان كان لا يصلح ايجابا كقوله بعني فلا شك
ان تكرار اعطني يصلح دليلا على تكرار العقد المنعقد بالتعاطي وهنا انعقد البيع بدفع الدرهم
اليه على وجه البيع يكفي لانعقاده بالتعاطي فكانه قال دفعت اليك نصفه لتعطيني به فلوسا
ودفعت نصفه الآخر لتعطيني به نصفا الا حبة وتفريق الدرهم في الدفع متعذر فجعل التفريق
في القول قائما مقام التفريق

كتاب الكفالة

قوله هي ضم ذمة في المطالبة اي في مطالبة التسليم الدين واصل الدين في ذمة الاصيل كذا في الحسينية
والاولى اطلاق المطالبة من التقييد بالدين لان الكفالة كما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة
بنفسها كالمغصوب وبغيرها كالمبيع في حق التسليم وتصح في النفوس وليس في الكفالة
بالنفوس الا التزام تسليم النفس الى المكفول له قوله وقيل في الدين وهو قول
الشافعي رحمه الله لان المطالبة فرع الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل قلنا هو
منقوض بالوكيل بالشراء حيث يطالب بالثمن وهو على الموكل ولهذا يصح ابراء الموكل
عنه كذا في الكافي قلت الوكيل بالشراء غير مطالب بالثمن عند الشافعي رحمه الله لما سيجي من مذهبه
ان الحقوق ترجع الى الموكل دون الوكيل فلا ينتقض قوله بالوكيل بالشرى ولو سلم ان
الوكيل مطالب بالثمن عنده كما هو الظاهر الروايتين عنه فلا نسلم ان الثمن غير واجب على الوكيل

في تلك الرواية وايضا انه علماؤنا صرحوا في غير موضع ان الثمن يجب في ذمة الوكيل بالشرى ٢
دون الموكل فقد ذكر في الذخيرة ان شرى الوكيل يوجب دينين دينا للبايع على الوكيل ودينا للوكيل
على الموكل وهكذا ذكر الشارح في المضاربة في اول فصل العزل والقسمة فقال ان شرى الوكيل يوجب
الثمن عليه للبايع وله على الموكل والى هذا اشار المص في المضاربة قبيل الفصل في الاختلاف بقوله وذلك
بالبيع وذكر بعض الشارحين في الفرق بين الوكيل بالبيع والوكيل بالشراء من حيث ان التوكيل
بالشراء ينعقد على الغنيمة دون التوكيل بالبيع فقال ان الاثر في التوكيل بالشراء ثبوت الملك
للبايع في ذمة المامور ولا ملك للامر فيهما فينبغي ان لا يصح وانما صح للحاجة وهي تندفع بغير القيمة
فلا يثبت مطلقا وهذا اشارة الى ان الثمن يجب في ذمة الوكيل دون الموكل واما ابراء البايع
الموكل عن الثمن فقد ذكر في الذخيرة انه ينبغي ان لا يصح لان من اصلهم ان شراء الوكيل يوجب دينا
للبايع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل فكان الابراء من البايع تصرفا في حق الوكيل ولكن الوجه
فيه ان الوكيل بالشراء انما انزل بمنزلة البايع من الموكل في الحقوق التي لا ينفك العقد عنها اما في الثمن التي
ينفك عنها فالموكل كالمشتري من البايع وابراء الموكل من الثمن من الاحكام التي ينفك البيع عنها فيجعل الموكل
في حقه مشتريا من البايع الامر الوكيل فكان هذا تصرفا من البايع في حقه فيصح هذا كلامه وذلك يرد
ما ذكره في الكافي وفي الذخيرة في الفصل الخامس من كتاب الكفالة ما يخالف المذكور فيه في
الوكالة حيث قال وليس من ضرورة توجه المطالبة وجوب الدين الا يرى ان الوكيل بالشراء يطالب
بالثمن واصل الثمن على الموكل الا يرى ان ابراء البايع الموكل عن الثمن صحيح هذا لفظه وهذا ما يقتضي به العجب
حيث صرح في الوكالة بان شرا الوكيل يوجب دينا على الوكيل للموكل وانه عند رعه صحة ابرا البايع الموكل
بما ذكرنا ثم استدل بتوجه المطالبة على الوكيل مع كون الثمن على الموكل على انه ليس من ضرورة توجه المطالبة
بالدين وجوبه على المطلوب وتمسك عليه بصحة ابرا البايع الموكل ولئن كان ذلك بناء على اختلاف الروايتين
فلا شك انه مع كونه محل النزاع لا يصلح للاحتجاج فان للخصم ان يلتزم وجوب الثمن على الوكيل فلا يصلح
احتجاجا عليه قوله لان النفس الواحد في حق الكفالة لا يتجزى وتحقيقه ان الجزء
الشايع مما لا بد للذات منه فما كان الذات محلا لاضافته اليه كان كل جزء من اجزائه محلا له
ضرورة ان الذات عبارة عن جميع الاجزاء الشايعة فلو لم كل جزء منه محلا له لم يكن الذات
محلا له ايضا ومتى كان كل جزء محلا للاضافة صحت الاضافة اليه حتى ينظر ان كان الحكم
المضاف الى ذلك الجزء مما يمكن ان يتعلق به بدون التعلق بالكل اقتصر عليه والا سرى الى الكل
اما الجزء المعين فليس بلازم للذات فلا يلزم من صحة اضافة الحكم الى الذات صحت الاضافة اليه
وحيث لم يصح الاضافة اليه لا يسرى الى الكل الا اذا كان يعبر به عن جميع الذات فحينئذ يصح الاضافة اليه
من حيث انه اضافة الى الذات معنى قوله بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته حيث لا يكون
كفيلا لانه التزم المعرفة دون المطالبة وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف

رحمه الله تعالى عليه رحمة واسعة يكون كفيلا وعلى هذا معاملة الناس ولو قال اشناى فلان بر منست
قال الفقيه ابو جعفر يصير به كفيلا وقال ابو الليث لا يصير به كفيلا وبه اخذ الصدر الشهيد وفي
فتاوى قاضي خان وما قال الفقيه اقرب الى العرف وعامة المشايخ قالوا لو قال اشنا شى بر منست
يكون كفيلا وكانهم فرقوا بين العربية والفارسية قوله ولو سلم المكفول به سعى من كفالة بان
قال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان ولو لم يقل ذلك لا يبرأ فان قلت اذا كفلا بنفس رجل كفالة وحدة
فدفعه احدهما الى الطالب برأ جميعا قلت فيه روايتان قلنا لمن يمنع ولو سلم فالكفيلان بكفالة
واحدة ككفيل واحد فكان احدهما كتسليمهما واما المكفول عنه والكفيل فجهة تسليمهما مختلفة
فلا يوجب تسليم الاصيل عن الكفيل الا اذا سلم من جهة كفالته قوله لانه تعليق سبب وجوب
المال بالخطر فان قلت يشكل على قوله ان الشافعي رحمه الله تعالى عليه رحمة واسعة الكفالة بالدرك فانه جاز
بالاجماع وانه تعليق سبب وجوب المال لان صورتها بان يقول للمشتري ان الحق احد بك فيما
اشتريته فانا كفيل به اجيب بان ما ذكر الشافعي رحمه الله فهو جواب القياس واما الكفالة بالدرك فجاز
اجماعا على خلاف القياس قوله ولا يصح النذر قلت صحة التعليق لا تلازم النذر الا ترى
ان النذر بالاعتكاف مما لا يقبل التعليق نص به في كنز الدقائق حيث ذكر الاعتكاف في التصرفات
التي تبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقها بالشرط وذكر في حاشيته ان المراد بالاعتكاف ايجابه
حتى لو قال اذا قدم فلان فلله علي ان اعتكف رجبا لا يصح ولا يلزم قلت شبهه بالنذر
لصح تعليقه بالشرط مطلقا قلنا هذا غير مسلم فان النذر بالاعتكاف كالنذر بالصوم وقد صح تعليق
النذر بالشرط فيجب ان يصح تعليق النذر بالاعتكاف ايضا اذ لا فرق بين النذر به والنذر بغيره
من العبادات والظاهر ان المراد بالاعتكاف المذكور في الكنز من التصرفات التي تبطل بالشرط
ولا يصح تعليقها بالشرط فعل الاعتكاف بان قال اذا قدم فلان فانا معتكف قوله
عملا بالشبهين وقد يقال شبهه بالبيع يكفي لصحة تعليقه بالشرط المتعارف دون غيره اذ البيع
يصح تعلقه بالشرط المتعارف كما قلنا في الرجل اشترى حطبا بشرط ان يوافيه الى منزل
المشتري فان البيع جائز استحسانا لغلبة العرف فيتقيد وان كان العقد لا يقتضي الاستيفاء
الا في منزله وكذا لو باع بشرط ان يكفل فلان وفلان حاضر في المجلس فكفل او باع بشرط الرهن
والرهن معين في المجلس جاز العقد استحسانا لغلبة العرف وجوابه ان تعليق الكفالة
يصح بشرط ملائم وان لم يكن فيه عرف ظاهر وتعامل فيما بين الناس بخلاف البيع فان تعليقه
ربما يصح بشرط تعامل الناس عليه والتعامل يترك به القياس فلو لم يعتبر جهة النذر لم يصح
تعليق الكفالة بشرط ملائم مطلقا قوله ومن كفل بنفس آخر وقال ان
وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم
الموافاة واعترض بان شرط الكفالة بالمال عند عدم الموافاة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس

بقا

بقاء الكفالة بالنفس على حالها الا يرى ان الطالب لو ابرأ الكفيل عن الكفالة قبل انقضاء
المدة في هذه المسألة لا يلزم الكفيل شيء لان بالابراء انفسخت الكفالة بالنفس
فكذلك هنا انفسخت الكفالة بالموت وبان هذه المسألة نظير ما اذا قال ان لم اشرب
الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق فاهراق الماء قبل الليل لا يقع الطلاق عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله فعلى قياس هذه المسألة ينبغي ان لا يلزم المال في مسألة الكفالة اذا مات المكفول
عنه في المدة واجيب عن الاول بان الابراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالابراء تنفسخ الكفالة
من كل وجه وبالموت تنفسخ فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عنه ولا ضرورة الى القول
بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق وعن الثاني بان تصحيح
الكفالة هنا بالتقديم والتاخير بان يجعل كانه كفل بالمال في الحال ثم علق البراءة عنه بالموافاة
وبالنفس لا يوجد بالموت فبقي المال واجبا بالكفالة ولا حاجة الى التقديم والتاخير في اليمين
بالطلاق لان الطلاق يحتمل التعليق بالشرط وبعد الوقوع لا يحتمل الدفع الى هذا اشير
في الشروح وفيه نظر اما اولا فلان التعليق بعدم الموافاة متعارف والكفالة في احتمال التعليق
بالشرط المتعارف كالطلاق فلا حاجة الى تصحيحها الى الحمل على التقديم والتاخير كما لا حاجة
اليه في اليمين بالطلاق واما ثانيا فلان تصحيح الكفالة بالتقديم والتاخير ينبغي في شغل
ذمة والاصيل براءتها الا يرى ان الكفالة بالعهدة باطلة بالاتفاق لاشتباه في اللفظ وان
امكن تصحيحها بصرفها الى ما يصح الضمان به وهو الدرك ولكن لما كان فراغ الذمة اصلا
لم يصح فينبغي ان لا يصح في مسألتنا بالتقديم والتاخير لما فيه من شغل الذمة فلانه لو جعل كانه
كفل بالمال في الحال ثم علق البراءة بالموافاة بالنفس بالذمة للمال اذا ابرأ الطالب الكفيل
عن الكفالة بالنفس والمسألة بخلافه وجوابه ان الكفيل هنا جعل كفيلا عن المال بشرط
ان يبرأ عنه بموافاة النفس بحكم الكفالة بالنفس فجعل مبرءا عن المال ايضا دفعا للضرر
عن الكفيل وبهذا خرج الجواب عن الاشكال الاول من الاشكالين المذكورين في الشروح واما
رابعا فلما سيأتيك ان البراءة من الكفالة لا يجوز تعليقها بالشرط فكيف يجعل كانه كفل بالمال ثم علق
البراءة عنه بموافاة النفس والبراءة عنه لا يحتمل التعليق بالشرط وجوابه ان المراد بالبراءة التي لا يجوز
تعليقها بالشرط هو الابراء نحو ان يقول الطالب للكفيل اذا جاء غد فانت بريء من الكفالة فاما
تعليق الكفيل براءة نفسه بشرط فلا نسلم بانه غير جائز الا يرى ان المص رحمه الله علله بوجود معنى
التمليك فيه حيث قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك ولا خفاء ان
معنى التمليك انما يكون في ابراء الطالب كفيله دون براءة الكفيل فيجوز تعليقه بالشرط ومسألة جواز تعليق
براءة الكفيل بالشرط مذكورة في الايضاح على ما يجيء في الشرح وجوابه في الثالث هو ان عن الشبهة الثانية
بان ثبوت الكفالة بالمال معلق بعدم موافاة تعذر عليها كما في مسألة الكوز الا ان الموافاة التي تعذر

عليها باقية في اليوم بعد موت المكفول به لا في موافاة النفس موافاة المال معنى انه من حيث انه سبب لوصول الى المال
والقدرة على موافاة المال معنى باقية من اول اليوم الى اخره بعد القدرة واذا تعينت القدرة تحقق عدم موافاة
بقدر عليها من اول اليوم الى اخره وصار تقديره ما ذكره من الكفالة ان لم اوافك بالمال معنى فانا كفيل بالمال
حقيقة ومعنى فاما في مسئلة الشرب بفوت القدرة بفوات المال على سبيل ذلك لا حقيقة ولا حكما الا يرى
انه لو مات الحالف في مسئلة اليمين قبل مضي اليوم لا يحنث بالاتفاق وههنا لو مات الكفيل قبل الموافاة
ثم مضى اليوم لزمه الكفالة الى هنا لفظه وفيه نظر لانه لمن جعل الشرط عدم الموافاة بالجنس ثم تعتبر القدرة
على موافاة النفس معنى فيقول هذا غير مقبول لان الموافاة بالنفس ان كانت مقدورة بعد موت المكفول
معنى فهي ليست بمقدورة حقيقة وبالنظر الى انها مقدورة معنى يجب ان يلزم الكفالة فالاصل في اللغة في الذمة
البراة فلا يلزم بالشك وان جعل الشرط عدم الموافاة بالمال معنى فاما ان يجعل الموافاة معنى فقط فكذلك
ليس الا تسليم النفس وانه عاجز عنه بعد موت المكفول به واما لمن يجعل اعم من ان يكون معنى فقط او
حقيقة ومعنى فحق يلزمه لمن لا يلزمه الكفالة بالمال لو اوفى الكفيل المال في الغد دون النفس مع القدرة
على تسليم النفس ولم يقبل المكفول له من حيث انه متبرع ومن تبرع باداء دين الغير فللدائن ان لا يقبل وذلك
ممنوع فقد ذكر في الذخيرة في هذه المسئلة انه اذا صحت الكفالة الثانية معلقة بعدم الموافاة
بالنفس غدا اذا لم يواف بنفسه غدا يصير كفيلا بالمال وايضا الكفيل بالنفس اذا قال لمن لم
اوفك به غدا فعلي المائة الدراهم التي لك على فلان الآخر فان الكفالة الثانية جائزة عند ابي حنيفة
رحمه الله تعالى وابو يوسف رح ويلزم المال لو مات المكفول بنفسه قبل مضي الغد مع ان تقدير الكلام
بقوله ان لم اوافك المال معنى فانا كفيل بالمال حقيقة ومعنى لا يتاتى هنا وكذا لا يتاتى لو كان
كفيلا بالنفس في القصاص ونحوه مما لا يقدر الكفيل على اليفائه من الحقوق وعلى لمن الكفالة
بالنفس لم تعتبر كفالة بالمال الا يرى انه لو كفل بالمال والنفس فابراه المكفول له في موضع
برئ عن النفس دون المال فاما افتراق موت الحالف في مسئلة اليمين مع موت الكفيل
فبناء على لمن العجز يتحقق فلو كانت الكفالة بالنفس كفالة بالمال معنى لما صح الابراء عنه
كما لا يصح عن الكفالة بالمال بموت الحالف حيث لا يبقى قادرا على الشرب لا بنفسه ولا بنائبه
لان شرب الوارث لا يقوم مقام شرب المورث حيث لا يفيد فائدته اما بموت الكفيل لا يجب
فلا يتحقق العجز لان موافاة الوارث تقوم مقام موافات المورث على ما صرح به في الذخيرة
فتبقى القدرة بالنائب الى لمن تمضي المدة فصار كانه لم يواف مع القدرة حتى مضت المدة
وايضا لو غاب المكفول له حتى مضت المدة لزمه المال لان شرط ثبوت الكفالة بالمال
عدم موافاة المكفول به الطالب لانه لا يقدر على الموافاة باعتبار الغيبة فالاوضح
لمن يفرق بين مسئلة الكفالة ومسئلة الكوز بان الشرط في مسئلة الكوز وهو ترك
فعل الشرب كانه قال لمن تركت فعل الشرب فعبده حر فبعدما اهراق الماء يبقى الترك متصورا
انه

بالمال لتحقق الشرط وهو عدم
الموافاة مع القدرة عليها و
بالنظر الى انها غير مقدورة
حقيقة يجب ان لا يلزم الكفالة
صح

او ذكر

لانه لا يتصور الا في المقدور حقيقة ولا يكفي لذلك توهم القدرة بان عادة القطرات المهراقة في الكوز باذن الله تعالى
بدليل انه لو قال لمن تركت من السماء فعبدي حر فانه لا يحنث مع وجود القدرة المتوهمة فعلم لمن الترك
لا يطلق الا على الامتناع عن فعل مقدور له حقيقة فلا يتصور الترك الذي انعقد اليمين عليه واليمين
يبطل ببطلان ما انعقد عليه وذلك لمن المقصود هنا حمل نفسه على فعل الشرب او فوت سبب مقدور له
في جميع اليوم واما في مسئلة الكفالة فالشرط هو فوات الموافاة عن الكفيل باختيار او بغير اختيار
بان يموت المكفول عنه او الكفيل وذلك لمن الطالب انما رضي بتاخير حقه في احضار المطلوب الى الغد علما
منه انه امن بهذه الكفالة من يلحقه المضرة بتاخيره من حيث انه يصل الى حقه في الغد البتة اما باحضار المطلوب
او بلزوم المال على الكفيل حتى لو لم يكن امنا لم يرض به قط فعلم ان الطالب انما رضي بكفالته بهذا الشرط زعما
منه انه بهذه الكفالة يتوصل الى حقه البتة وكذا الكفيل انما قبل الكفالة على هذا الشرط دفعا للضرر عن الطالب
بالكلية ولا يخفى لمن الضرر انما ينتفي عن الطالب بصيرورته امنا عن فوات حقه ان لو جعل الشرط هو عدم الموافاة
وفواته ترك فعل الموافاة كما في مسئلة الكوز اذ لو جعل الشرط هو ترك الموافاة لا يكون الطالب امنا بهذه
الكفالة لجواز ان يموت الكفيل او المكفول عنه فيبطل اليمين فلا يلزم عليه المال فيتضرر به الطالب كل الضرر فالمقصود
هنا لما كان ايصال الحق الى الطالب وجعله امنا عن فوات الحق وانما يحصل ذلك بان يجعل الشرط هو فوت
الموافاة بالاختيار او بالاضطرار قلنا بان الشرط هو فوات الموافاة اعم من لمن يكون بالاختيار او بدونه
وبالجملة ان القياس هو لمن يحمل الشرط في المسئلتين ترك الشرب والموافاة عن اعتبار لان التعليق في مسئلة
يحمل على ما يقدر عليه من الفعل غير انه لم يقيد بالقدرة في مسئلة الكفالة تحقيقا لما هو المقصود من هذا
الكلام على ما ذكرنا والحاصل ان قوله ان لم افعل كذا فعبدي حر ظاهره لتعليق حرية العبد على ترك
الفعل والامتناع عنه مختارا فيحمل عليه هذا الاطلاق وخلو المقام عن القرائن الدالة على ان المراد عدم
الفعل ولا قرينة في مسئلة الكوز فيحمل على الظاهر ووجدت القرينة الدالة في مسئلة الكفالة
لان الغرض انما هو الاستيثاق وجعل الطالب امنا عن فوات حقه ووصوله اليه البتة ولا ذلك الا بجعل الشرط
عدم الموافاة اعم من ان يكون ذلك بالاختيار او لا اذ لو قيد بالاختيار لم يصلح به الاستيثاق التام ولا
يصير امنا عن فوات حقه لجواز ان يموت المطلوب او الكفيل فلا يلزمه المال ولا تسليم النفس فيفوت
حقه فلذا جعلنا الشرط عدم الموافاة مطلقا قوله وبينها اولم يبينها اي بين صفة مائة دينار
بانها جيدة او ردية او طلقية او ركنية اولم يبينها او معنى قوله وبينها اي بين قدر المائة بمعناه
مائة دينار بانها اولم يبين قدر المائة بذكر المائة في دعواه كذا في الشرح والمعنى الاول اوفق بقوله
فعليه المائة الدينار الثاني في كتاب الى التاويل بان تعال فعليه المائة الدينار اذا ادعى صاحب الحق المائة
الدينار قوله وان بينها متصل بقوله ولا تصح الكفالة على هذا الوجه اي هذا التعليل
لانه بنى عدم الجواز انه لم ينسبه الى ما عليه وذلك لا يفرق بين البيان وعدمه قوله

لانه بناء عليه او المطلوب به تاكيد الكفالة بالنفس فيبطل ببطلانه **قوله** ولهذا ان المال ذكر معرفا حيث
قال فعلى المائة فينصرف الى ما عليه فان قلت صاحب الذخيرة وضع المسئلة في المنكر حيث قال ان ادعى مائة
مائة دينار او حقا مطلقا او دنانير ولم يبين قدرها فقال رجل دعه وانا كفيل منه بنفسه
ان لم يوافك به غدا فعليه مائة دينار هذا كلامه فعلم ان المائة تجب سواء ذكر معرفا او منكرا او التعليل
او التعليل المذكور انما ياتي في المعرف فاوجه قولهما اذا دفع المائة في كلام الكفيل منكرا
اجيب بان المذكور ان كانت معرفة فلا شك انه منصرف الى ما عليه لان المعرفة اذا اعيدت
معرفة كانت الثانية عين الاولى وان كانت نكرة ينصرف اليه ايضا اما لان المعرفة
اذا اعيدت معرفة كانت الثانية عين الاولى عند البعض واما لان الاصل في كلام العاقل
هو التصحيح ولا يصح الكفالة الا بصرف المائة الى ما عليه فان قلت انما يصح صرف المائة المدعى
اذا ادعى مائة عليه اما لو ادعى حقا مطلقا من غير بيان قدرها فلا وجه لصرفها اليه
لانه غير مذكور في كلام المدعى عليه اجيب بان المائة الدينار انما يجب على المدعى عليه
اذا ادعى المائة عند القاضي وبيانه عنده يلحق بالاول فيصير كالمذكور في الابتداء كانه
ادعى مائة ثم كفل بنفسه على انه ان لم يوافق به غدا فعليه المائة **قوله** ولا تجوز الكفالة
بالنفس في الحد ولا في القصاص ذكر في بعض حواشي العلماء ان المراد بالنفس نفس الحدود
والقصاص لا نفس من عليه الحد والقصاص قلت الكلام في الكفالة بنفس الحدود والقصاص
باطلة بالاتفاق فلو كان المراد بالنفس نفس الحد ولم يصح التعقيب عند ابي ح رحمه الله
قوله وفي القصاص لانه خالص حق العبد قلت سماه خالصا بالنسبة الى حد
القذف والا فليس هو بخالص حق العبد بل هو في حق الشرع لكنه مغلوب
قوله بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا يجوز
الكفالة بها وان طابت بها نفسه اي قبل اقامة البينة فلان احدا لا يستحق عليه
الحضور بمجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكفل
بحق واجب على الاصيل واما بعد اقامتها قبل التعديل فقد يحبس وبالحبس يستغنى عن
الاستيثاق بالكفيل واما حد القذف والسرقة فبحضور المدعى عليه مجلس يستحق عليه بنفس الدعوى
حتى يجبره القاضي على الحضور فاذا كفل عنه جاز كذا ذكر الامام المحبوبي رحمه الله عليه رحمة واسعة
قوله بحصول الاستيثاق بالكفالة وقد يقال والحبس للتهمة كان الاستيثاق حتى يغني
عنها الكفالة **قوله** لانه دين يطالب به ممكن الاستيفاء هذا القدر لا يكفي لجواز الكفالة
فانها لا تجوز بدين الكتابة مع كونه دينا يطالب به ممكن الاستيفاء **قوله** دينا صحيحا
قالوا الدين الصحيح ما لا يسقط الا بالاداء او بالابراء وفيه احتراز عن دين الكتابة فانها

لانه

تسقط

تسقط بالتعجيز ايضا ولكنه يشكل بدين الخراج فانه دين صحيح حتى تصح الكفالة به مع انه يسقط بلا
اداء وابراء الا انه يسقط اذا اصطلم الزرع افة ولئن قيل لمن الخراج لا يتقدر الا اذا سلم عن الافة
وبعد ما تقرر لا يسقط الا بالاداء والابراء فكان دينا صحيحا قلنا فدين الكتابة ايضا لا يتقرر
الا اذا انقطع احتمال التعجيز بان مات وفاء **قوله** فيتحمل فيه الجهالة اي الجهالة اليسيرة
دون الفاحشة كذا في الكافي وفي الذخيرة كفل بنفس فلان او بما عليه فالكفالة جائزة لانها لو لم تجز
انما تجز لجهالة المكفول به الا ان جهالة المكفول به وان تفحشت لا تمنع صحة الكفالة والكلام هنا في جهالة المكفول
فلا يصح التقييد باليسيرة **قوله** ينعقد حوالة اعتبارا للمعنى فان قلت كيف يصح استعارة
الكفالة للحوالة مع التنافي بينهما اذ الكفالة تنبئ عن بقاء الدين والحوالة عن زواله عنه اجيب بانهما
متوافقان في الغرض والمقصود لان كلا منهما شرع للاستيثاق والله اعلم كما في الاحوال **قوله**
والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والزعيم هو الكفيل وامكن حمله على الكفالة
من الملك بان قال المنادي للعير ان الملك يقول لكم لمن جاء الاية فيكون الكفالة عن الملك لا عن نفسه
لان المنادي كان رسولا من جهة الملك والرسول بالاستيجار يصلح لان يكون كفيلا الا عن المرسل
كذا في الكافي قلت حمله على الاستيجار هنا متعذر لان الموجر مجهول واستيجار المجهول باطل فالظاهر
انه من باب الجعل الجعل وانه على المالك فيكون المنادي كفيلا عنه بالضرورة **قوله** بمجرد الشرط
اي بشرط مجرد عن الملائمة **قوله** الا انه يصح الكفالة متعلق بقوله اذا جعل واحد منها اجلا وكذا بقوله
لا يصح التعليق بمجرد الشرط الى اخره وهذا بناء على اختلاف الروايتين فيما اذا قال ان هبت الريح فانا
كفيل هل يصير كفيلا في رواية لا يصير كفيلا فيجعل قوله الا انه يصح الكفالة متصلا بصورة التاجيل
وفي رواية تصح الكفالة فيتصل قوله الا انه تصح الكفالة بصورة التعليق والتاجيل جميعا وسيأتي
تحقيقه ان شاء الله تعالى **قوله** ما صح تعليقها بالشرط لا يبطل بالشرط قال الشارح
في هذا اللفظ اشتباه لانه لو اراد بقوله ما صح تعليقه تعليق الكفالة بالشرط مثل ان
يقول اذا هبت الريح فانا كفيل فانه غير صحيح فان هناك لا يصير كفيلا اصلا ذكره في فتاوى
قاضيخان والمبسوط وقال في الكتاب الا انه تصح الكفالة وان اريد بهذا اللفظ تاجيل الكفالة الى هذه
الشروط فالحكم الذي ذكره صحيح حيث تصح الكفالة ويبطل الشرط الا انه ليس بشرط بتعليق لانه
تاجيل وهو غير التعليق فالوجه انه ذكر التعليق واراد به التاجيل بجامع ان كلا منهما يوجب عدم
الحكم في الحال ثم لفظه قلت اولا انه ذكر في الفصول تعليق الكفالة بشرط متعارف يجوز ولو كان
شرطا محضا بان قال لئن دخل فلان الدار او هبت الريح فالكفالة جائزة والشرط باطل وهكذا ذكر
في الكنز حيث قال ولا يصح بنحو ان هبت الريح وتصح الكفالة فعلم هذا قوله الا انه يصح الكفالة لا ينافي
لمن يراد بقوله ما صح تعليقها تعليق الكفالة بالشرط مثل ان يقول اذا هبت الريح فانا كفيل
ولكن القول بصحة الكفالة المعلقة بشرط غير ملائم وبطلان الشرط يخالف ما مر من ان الكفالة تتبع

الذي والبيع فيشبه الذي يصح تعليقا بشرط ملائم ويشبه البيع لا يصح تعليقا بشرط غير ملائم فقد جعلوا الكفالة المعلقة بشرط غير ملائم
في حكم البيع ثم البيع المعلق بالشرط باطل فكذا الكفالة المعلقة بشرط غير ملائم وكذا كل ما لا يصح ما
تعليقه بالشرط متى علق بطل ذلك التصرف لانه يبطل التعليق ويصح التصرف كالبيع المعلق والنكاح
المعلق والهبة المعلق والاقرار المعلق فان شيئا من هذه التصرفات اذا علق بطل التصرف فالقول
بصحة الكفالة المعلقة بالشرط الغير الملائم يحتاج الى مزيد تأمل والحق هو ما ذكره الشارح من بطلان
الكفالة المعلقة بشرط غير ملائم وعدم صيرورته كفيلا عند تعليقه والله اعلم بالصواب وثانيا
ان معنى ما ذكر في الكتاب ان التأجيل الى هبوب الريح ونحوه شرط فاسد فيصح الكفالة اذا كفل الى هذه
الآجال ويبطل الشرط لان هذه الكفالة تحتمل التعليق بالشرط المتعارف وقد ثبت ان كل ما يحتمل
التعليق بالشرط لا يبطل بالشرط الفاسد كالطلاق والعتاق والكفالة كذلك فلا يبطل به وهذا
معنى ظاهر نعم يشكل بما ذكر في الكافي في باب الحوالة حيث قال كفل رجل عن رجل على ان يبرئ الطالب
غيرها اخرا او على ان يهب للكفيل او الاصيل عينا او على ان يهب الطالب الدين للاصيل بطلت
الكفالة لانه شرط مخالف لمقتضى العقد هذا كلامه ووجه الاشكال ظاهر قوله لانه ملك
الدين بالاداء قلت هذا يشعر بان الكفيل انما يملك الدين بالاداء وبه صرح في المسئلة الثانية
بقوله لانه لا يملك قبل الاداء وذكر فيما بعد انه يجب للكفيل على المطلوب مثل ما وجب للطالب
عليه الا انه تأخر المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل وفيه اشارة الى انه يملك دينا
آخر على المطلوب قبل الاداء فكان ههنا طريقين احدهما ما ذكر ههنا من ان الكفيل بعد الاداء يملك
ما للطالب على المطلوب ويقوم مقامه والثاني ما اشار ثمه من انه يجب للكفيل بمجرد الكفالة على المطلوب
مثل ما وجب للطالب عليه الا انه دين مؤجل يتأخر مطالبته الى ان يؤدي وصحة ابراء الكفيل المطلوب
قبل ادائه دينه على هذا الطريق ظاهرة فاما على الطريق الاول فبناء على انعقاد سبب ملك الدين
وهو الكفالة والابراء كما يصح بعد تحقق الدين في الذمة يصح بعد انعقاد سبب تحققه الا ترى ان ابراء
الغاصب قبل هلاك المغصوب جائز مع ان قيمته انما تثبت في الذمة دينا بعد الهلاك او نقول لا يقال
انه وان كان يملك الدين بمجرد الكفالة الا انه ملك شيء غير متقرر انما يتقرر باداء الكفيل فكانه
اراد بقوله لانه يملك الدين بالاداء وكذا بقوله لانه لا يملكه عنه الملك المقرر الذي يتوجه اليه
المطالبة بتشبيه قوله كما اذا ملكه بالهبة بان وهب رب الدين له فان قلت اليس انه
تمليك الدين من غير من عليه الدين وانه لا يصح قلت يصح اذا سلطه على القبض وهنا كذلك
لان له الرجوع على المكفول عنه بما ضمن فصار كانه وهب ووكله بالقبض كذا في الشروح
لا يقال وفيه توكيل الكفيل بقبض الدين وهو باطل لان هبة الدين من الكفيل ابراء له
عما استوجب بالكفالة واخراج عنها فلا يلزمه توكيل الكفيل بقبض الدين نعم يشكل بان
هبة الدين ان كان يصح اذا وكله بالقبض فلا خفاء لمن الموهوب له انما يملك اذا قبض و

وعند

وعند ذلك يصير عينا فلا يصح ان يقال انه ملك الدين بالقبض وقد قال في الكتاب كما اذا ملكه
اي ملك الدين بالهبة وفي الحاشية اذا ملكه بان وهب رب الدين من الكفيل يملكه الكفيل
بطريق الانتقال الى ذمته سابقا على الهبة فاذا ثبت في ذمته ملكه بالهبة ثم لفظها ولا يقال
هبة الدين ممن عليه ابراء ولو ابرأ الطالب الكفيل عن الدين لا يرجع على الاصيل فكذا اذا وهبه
لانا نقول انما لا يرجع الكفيل في صورة الابراء لان ابراء الكفيل اسقاط المطالبة عنه لا تمليك الدين
منه لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح ولا حاجة لتصحيح الابراء الى ايجاب الدين
في ذمته اذ الابراء للاسقاط ويكفي لصحة الاسقاط وجوب المطالبة فيكون ابراء الكفيل يعني البراءة
عن مطالبته وبالابراء عن المطالبة لا يملك الدين فلا يرجع على المكفول عنه ولو سلم ان الابراء
يحتاج الى تقدير الدين في ذمة الكفيل والابراء من حيث انه موضوع للاسقاط لا يحتاج الى الدين
الا بوصف يقبل الاسقاط وهو كونه وصفا شرعيا يظهر اثره في توجه المطالبة فلا يقدر
لتصحيح الابراء له الا جهة كونه وصفا شرعيا لا مالا فيكون ابراؤه اسقاطا محضا لا يتوقف
على القبول ولا يرتد بالرد على خلاف ابراء سائر الديون الثابتة في الذمة على الاطلاق اما
الهبة موضوعة للتمليك فتحتاج الى ايجاب الدين في ذمة الكفيل فلما وجب الدين في ذمة وضرورة التمليك
الكفيل لضرورة تصحيح الهبة ملكه بها فيرجع به على الاصيل ولا يقال في هبة الدين معنى
التمليك والاسقاط وجهة التمليك ان كان يوجب الرجوع فجهة الاسقاط لا توجبه فلا يرجع
بالشك لانا نقول ذكر في هبة المبسوط ان هبة الدين من الكفيل تمليك محض على خلاف هبة
سائر الديون حتى لا يتم الا بقبوله ولعل الوجه فيه ان الدين انما يحكم بثبوته في ذمة الكفيل
ضرورة تصحيح الهبة والهبة في الحقيقة تمليك ومعنى الاسقاط فيه تابع يثبت ضرورة كون
الدين وصفا فمتى كان الدين ثابتا بالضرورة والثابت بها يتقدر بقدرها والهبة
تتم بجعل الدين ثابتا من حيث انه مال فلا يحكم بثبوته من حيث انه وصف فيكون تمليكا محضا
وهذا على قول من لا يجعل الدين في ذمة الكفيل اصلا بلا ضرورة ظاهرة واما على قول من
يقول بان اصل الدين يجب على الكفيل فينبغي ان يكون هبة الدين منه تمليكا من وجه اسقاطا
من وجه يتم بلا قبول كهبة سائر الديون وقد اشار الشيخ في آخر كتاب الهبة الى ان هبة
الدين من الكفيل تمليك محض عند الكل الا انه يقال ثبوت الدين في ذمة الكفيل عند هؤلاء ايضا
ضروري يثبت ضرورة توجه المطالبة من حيث ان المطالبة فرع الدين فلا يكون دونه فلا يظهر
في غير المطالبة الا لضرورة تصحيح الهبة فان قلت هلا يجعل هبة الدين من الكفيل بمعنى هبة
المطالبة منه فيكون اسقاطا محضا لانها لا تحتمل التمليك اجيب بانه يلزم حينئذ ان يجعل
هبة الدين بمعنى هبة مطالبته وجعل الهبة مجازا عن الاسقاط المحض ولو فرض الدين
على ذمة الكفيل لم يلزم الا محذور واحد وهو جعل الواحد كدينين بخلاف الابراء اذ لا يلزم فيه الامر واكثر

وهو ان يجعل ابراء الدين بمعنى الابراء عن مطالبة وهو اهون من جعل الدين الواحد دينين لان ذلك
قلب الحقيقة قوله لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء قلت الفرق بين الكفيل اذا
ادى عن مال نفسه والمامور باداء الدين اذا ادى بناء على ان المامور متبرع في الاداء والكفيل مجبور
عليه وذلك لان الكفيل لما كان مجبورا على الاداء لا يمكن ان يجعل مقرضا ماله للمكفول عنه اذ المقرض
متبرع وما على المتبرع من سبيل فاذا تعذر جعله مقرضا جعل مؤديا للدين الواجب على المكفول عنه
ومن ادى دينا ملكه فاما المامور فلكونه متبرعا يمكن ان يجعل مقرضا للامر وانه اهون من جعله
مؤديا للدين لانه يحتاج الى تقدير الدين عليه لان اداء الدين ولا دين عليه محال والقرض لا يحتاج
اليه فكانه اهون فيصار اليه عند الامكان ولا يمكن ان يجعل اداء الكفيل قرضا لانتفاء لازمه
وهو التبرع فتعين اداء الدين واداؤه يستدعي تقدير الدين في الذمة ومن ادى دينا عليه يملكه
لانه ادى بدله قوله لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية يعني ان الملك يثبت للوكيل ثم ينتقل الى المو
فصار كالبايع والموكل كالمشتري ولهذا كان للوكيل ولاية الحبس حتى يودي الثمن اليه كذا في
الشاهان وهذا لا يتادى على قول من يقول بثبوت الملك للوكيل وهو الصحيح من المذهب فالاولى
ان يقال وانما يثبت المبادلة لان الموكل يستفيد في المشتري الملك من جهة الوكيل فكان الوكيل بالشرى
بمنزلة البايع ثم القول بانعقاد المبادلة بين الوكيل بالشرى والموكل يشكل بان التوكيل بشرى
الخمر او الخنزير جاير عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه ولو انعقد بينهما مبادلة حكمية لم يجز اذ الحاجة
مما يحتاج في اثباتها ويلحق الشبهة بالحقيقة في غير موضع قوله لان التاخير ابراء موقت
مشكل لان الابراء اسقاط المطالبة وستاتيك في الماذون ان الاسقاطات لا يتوقف الا ان
تعالى القياس ان لا يتوقف الاسقاط فان شيا من الاسقاطات كالطلاق والعتاق والنكاح
لا يتوقف لكن بابقية الاسقاط في تاجيل الدين عرف بالنص بخلاف القياس لمساس الحاجة اليه
قوله ومن قال لكفيل ضمن مالا قد برئت الي من المال الخ وفيه بحث اما اولا فلما سياتيك
مصرحا في اخر كتاب الرهن لان الدين لا يسقط بالاداء بل يتقرر به وبالابراء يسقط حتى لو هلك الرهن
في يد المرتهن بعد الايفاء يهلك بالدين ويسترد ما ادى اليه ولو هلك في يده بعد اداء الدين
لا يهلك بالدين ومتى كان الايفاء مقررا للدين والابراء اسقاطا له كان بينهما منافاة فلم يكن الاقرار
بالبراءة التي ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها الى الطالب اقرارا بالايفاء وجوابه ان الايفاء وان كان
يقرر الدين ولا يوجب البراءة عنه حقيقة فهو يوجب البراءة حكما اذ الدين بعد الايفاء يصير
كان لم يكن قط بحيث يمنع المطالبة كما يمنع بالبراءة عنه والبراءة التي ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها
الى الطالب ليست الا براءة حكمية حاصلة من الاداء فيتعين هي مرادا بقوله برئت الي والتقريب
ظاهر واما ثانيا فلان اقرار الشخص لا يتعدى الى غيره فلو ثبت للكفيل حق الرجوع باقرار الطالب
بالايفاء يتعدى اقراره الى غيره فلو انكر المطلوب الايفاء ولزم ان الاصيل عليه قوله

والتوضيح

انكر المطلوب الاداء والايفاء لا يقبل

الطالب

الطالب بانه اداه اليه بل يجب عليه ان يقيم البينة على ادائه الى الطالب ولا يكفي في ذلك اقرار الطالب
بالاداء فالحكم بصحة الرجوع باقرار الطالب بالايفاء مشكل وجوابه ان الكفيل رهن الدين بالايفاء
الى الطالب على ما مر فيكون اقرار الطالب بايفاء الكفيل المال اليه تمليكا للدين من الكفيل وله ولاية
التمليك لان الدين ملكه فيصح تمليكه واذا ملكه قام الكفيل مقام الطالب فيرجع الى المديون بحكم تمليك
الدين منه لا باعتبار تعدي اقراره الى غيره حتى يشكل بان الاقرار حجة قاصرة ولا يتعدى الى غيره
فكيف يتعدى الى اقرار الطالب بالايفاء الى المديون وتمليك الدين من الكفيل جائز وان لم يكن
عليه الدين في الصحيح وقد مر تحقيقه وعلى هذا ان يكون الموجب لملك الكفيل الدين هو الاداء الى
الطالب كما اشار اليه المص رحمه الله عليه رحمة واسعة او الاظهر فاما ان تملك الكفيل بالامر الدين بمجرد
الكفالة غير ان المطالبة اخرت الى الاداء فالامر مشكل لان الاقرار حينئذ باداء الكفيل لا يكون تمليكا
للدين بل يكون اقرارا بوجود شرط المطالبة فيكون اقرارا على الغير وهو المديون فانه باطل الا ان يجاب
عنه بان المديون متعنت في انكار الايفاء اذ الايفاء نفع محض له ومن انكر نفعه كان متعنتا
ولا عبرة لانكار المتعنت قوله فيثبت الادنى اولا يرجع بالشك انه ما ولدها في النكتة
الاولى اذ الادنى انما يتعين للتعيين والابراء هنا غير متعين بل الاداء والابراء كلاهما محتمل والله اعلم
وغير هذا انه لم يذكر في الكافي الا النكتة الثانية قوله لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب
واليه الايفاء قلنا لا شك ان البراءة التي هي عبارة عن سقوط ما عليه لا يصح استنادها الا الى المطلوب
سواء حصلت بفعله وهو الاداء او بفعل غير الطالب وهو الابراء وكل من الاداء والابراء محتمل هنا
على السواء لا يترجح احدهما قوله ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط فان قلت ذكر
في الايضاح لو كفل بالمال وقال ان وافيتك به غدا فانا بري فوافاه من الغد فهو بري فقد جوز
تعليق البراءة من الكفالة بالمال بموافاة المكفول به قلت انما لا يجوز تعليق البراءة اذا علق
براءة الكفيل بشرط محض لا منفعة للطالب فيه كدخول الدار لانه غير متعارف كما لا يجوز
تعليق الكفالة بخطر لا تعامل فيه واما البراءة من الكفالة بشرط موافاة المكفول به براءة متعاملة لما فيه من
ابراء البعض واستيفاء البعض وتعليق البراءة من البعض بايفاء البعض متعاملة الا ترى ان الداين
اذا قال عجل خمسمائة على ان تبرئني من الباقي يجوز كذا في الشرح وذكر الشارح في الصلح ان الابراء
يتقيد بالشرط ولا يتعلق به وفرق بين التعليق والتقييد لفظا حيث لا يستعمل حرف الشرط
في التقييد وفي التعليق يستعمل ومعنى لانه يحصل في تقييد الابراء في الحال بشرط وجود ما قيد به
حتى اذا لم يوجد القيد يعود الدين وفي التعليق لا يوجد البراءة في الحال اصلا ثم قال وفيما اذا قال ادّ
الي غدا منها خمسمائة على انك بري من الفضل لم يستعمل صريح لفظ الشرط ولكن فيه معنى الشرط
فسميناه تقييدا وتقييد الابراء بالشرط جائز وتعليقه به لا يجوز حتى لو قال لغريمه او كفيله
اذا اديت الي خمسمائة فانت بري من الباقي فهو باطل ولا يبرأ وان ادى خمسمائة سواء

بانها البراءة الى الكفيل لانها من الاصيل بالاداء او بالابراء مستندة الى المطلوب لا منه ترجيح احدهما سرحم

البراءة صح

ذكر لفظ الصلح او لم يذكر لانه صرح بالتعليق فيبطل كما لو قال اذا دخلت الدار فقد ابراتك هذا
لفظه فما ذكرهنا من قوله وتعليق البراءة عن البعض بايفاء البعض متعامل ثم استدلال
عليه بقوله الا يرى الى اخره مخالف ما ذكر في الصلح نعم ذكر في الذخيرة في الفصل الحادي
والعشرين من كتاب الحيل ان تعليق البراءة بشرط متعارف فيما بين الناس صحيح عندنا
والله اعلم **قوله** لما فيه من معنى التمليك ولا يقال في الكفالة ايضا معنى التمليك حتى لا يصح الا بقبول
المكفول له في المجلس وتعليقه بالشرط المتعارف جائز لانا نقول قد صرح الشارح بان تعليق البراءة
من الكفالة ايضا يجوز بالشرط المتعارف فاستويا في معنى التمليك على قول من يقول بثبوت الدين
على الكفيل ظاهر وكذا على قول غيره لان فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لكونه وسيلة اليه
فان قلت ابراء الكفيل لا يرتد بالرد ولو كان فيه معنى التمليك لارتد به كابراء الدين اجيب
بان في ابراء الكفيل ان كان معنى التمليك على نحو ما ذكر ففيه معنى الاسقاط راجح اما على قول من يقول
بثبوت الدين عليه ضرورة توجه المطالبة اليه فيكتفي الاصل فيه المطالبة وهي لا تحتمل التمليك
الا بوجه بعيد والدين ان كان يحتمله فهو غير مقصود بالثبوت في الكفيل فلا يلتفت اليه
واما على قول غيره فظاهر لان عليه المطالبة دون الدين فلما كان فيه الاسقاط والتمليك اعتبرنا هما
جميعا فيما امكن الجمع بينهما كمسئلة التعليق فجوزنا بينهما بالتعارف لا بغيره ولما كان معنى الاسقاط
راجحا اعتبرناه فقط فيما لا يمكن اعتبار غيره مع اعتباره ترجيحا للراجح كمسئلة الارتداد بالرد
فقلنا لا يرتد به **قوله** لا بنفس من عليه اذ الكفالة بنفس من عليه في بعض الحدود كحد القذف
جائز ولكن كان لا يجبر عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقد مر **قوله** خلافا للشافعي رحمه الله فانه قال
لا يصح الكفالة بالاعيان المضمونة لان من شرط الكفالة ان يكون الكفيل قادرا على الايفاء من عنده
وهذا يتصور في الدين فاما في تسليم عين في يد الغير فالكفيل عاجز عنه ونحن نقول بان
بان الكفالة ضم ذمة الى ذمة فيما كان مضمونا على الاصيل فيصح الالتزام من الكفيل فاما قوله
لانه لا يقدر على الاداء من عنده قلنا تسليم ما التزم متصور في الجملة فيصح التزامه لان ما يلزمه
بعقده يعتبر فيه التصور فان قلت اذا استاجر دابة معينة ليحمل عليه فكفل به
رجل لا يصح الكفالة وعلله المصنف رحمة الله عليه رحمة واسعة بانه عاجز عنه اي الكفيل عاجز عن
هذا الحمل لان الدابة ملك الغير وليس له ولاية عليه فلو اعتبر التصور في الجملة لصحت هذه الكفالة
ايضا قلت جوابه سنذكره من بعد **قوله** او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن اي كفل
بتسليم الرهن عن المرتهن الى الراهن بعد ما استوفى المرتهن الدين جاز وذكر في الذخيرة ان الكفالة
بتسليم العارية صحيحة والكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن او برده
متى قضى الدين وكذلك الكفالة عن الراهن للمرتهن لا يجوز وفي الايضاح فان كفل بتسليم الرهن
الى الراهن جاز لانه مستحق على المرتهن رده اذا قبض الدين **قوله** لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز

فلما مر انه حكم بثبوت
... عليه ضرورة ...

عنه

عنه لانه جاز ان يؤدي في الطريق او مات فلا يمكنه الحمل كذا في الحاشية وهو غير مرضي لان العجز
المرهون لا يقدح في صحة الكفالة الا يرى ان الكفالة بالنفس صحيحة مع توهم عجزه عن التسليم
بموت المكفول عنه او غيبته غيبة منقطعة وكذلك التكفيل بتسليم المستعار الى المعير جائز وكذا في
رد الرهن الى الراهن متى قبض الدين مع توهم ان يهلك المستعار او المرهون قبل التسليم فيتضح
ان العجز يوجب انفساخ الكفالة وتوهم انفساخها لا يقدح في جوازها الا انتهاء بها وهو مفتوح وفي
الحاشية الاخرى فانه عاجز عنه اي عن الحمل في تلك الدابة لان الدابة ملك الغير وليس له ولاية على ملك
الغير وفيه نظر اذ التكفل بتسليم العين وهو في يد الغير جائز كتسليم المستعار الى المعير وتسليم المستاجر الى
المستاجر وتسليم المبيع الى المشتري مع انه لا يقدر على نزع العين من يده وتسليمه الى المكفول له وان اعتبر
التصور في الجملة كما ذكرنا من الايضاح فذا موجود فيما نحن فيه ايضا الا ان يقال المعتبر هو التصور
في الجملة ولكن ذلك انما يكفي فيما اذا كفل بما هو مستحق على المكفول عنه للكفيل كتسليم المبيع والمستاجر
والرهن لانه يمكن حينئذ ان يستعين باعوان القاضي فيسلمها اليه اما فيما نحن فيه فقد كفل بالحمل
وهو ليس مستحق على المكفول عنه فيما اذا كانت الدابة معينة فلا يمكنه ان يستعين باعوان القاضي مثلا
حتى ياتي بما التزم نعم يمكنه الحمل على تلك الدابة برضا المكفول عنه وهو موهوم يحتمل ان يرضى وان لا يرضى
فلا يثبت القدرة قطعا في الجملة ايضا وهي من شرط صحة الكفالة فلا يصح فعلى هذا كان عجزه عن الحمل
راجعا الى كونه غير مستحق على المكفول عنه فكانه قال لانه غير مستحق عليه فلا تصح الكفالة به وهذا وجه صحيح
قوله والحمل هو المستحق فان قلت هذا يتاتى ايضا اذا كانت الدابة معينة فينبغي ان يقال نعم
الحمل هو المستحق ثمه لكن لما كانت الدابة معينة تقع المنازعة بينهما في سرعة السير وغير ذلك
كذا في الحاشية وفيه بحث اذ لو كان المستحق هو الحمل ثمه ايضا لكان ينبغي ان لا تجب الاجرة الا بالحمل
والمسئلة بخلافه فقد ذكر في الشاهان انه لو سلم الدابة في المسئلة الاولى ولم يحمله يلزمه الاجرة و
لو سلم في المسئلة الثانية ولم يحمله لم تجب الاجرة فظهر ان الحمل غير مستحق انما المستحق هو التسليم
لا غير فلا يستحق قوله نعم الحمل هو المستحق ثمه ايضا على ان الكفالة عقد مساهلة فلا يفضي الى النزاع
في سرعة السير الا يرى ان الجهالة اليسيرة متحملة فيها حتى يجوز الكفالة الى الحصاد والدياس
ونحو ذلك من الاجال **قوله** ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة سنقدم لهما فان قلت
هبة الدين ممن عليه تمليك ايضا مع انها لا يتوقف على القبول ذكره في المغني قلت ذكر الشارح في آخر
كتاب الهبة نقلا عن المبسوط ان هبة الدين لمن عليه الدين لا يتم الا بقبوله والابراء يتم من غير
قبول وعن زفر انه سوى بينهما وقال تتم الهبة والابراء قبل القبول وهو يدل على انها هبة الدين
ممن عليه ولا يتوقف على القبول عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله قلنا لا نمنع فان قلت لو كان في
الكفالة معنى التمليك لما صح تعليقها بالشرط وقد مر ان تعليقها بالشرط المتعارف جائز فان اجيب
بانا جوزناه عملا لشبهه الذي يرد عليه هبة الدين ممن عليه والابراء عنه فانه لا يجوز تعليقها بالشرط

ورد... نام

لا بالمتعارف ولا بغيره مع انه شبيه الطلاق لما فيه من معنى الاسقاط قلت لما ثبت في الكفالة
معنى النذر والتمليك لا بد وان يعمل بهما وذكر اما النذر فقال بانها لا يتعلق بالشرط ولكنها تتقيد به
كما براء الدين او يتعلق بالشرط المتعارف دون غيره وكذا بتعين الطريق الثاني بقوله تعالى ولمن
جاء به حمل بعير وانا به زعيم ثم هنا بحث وذكر ما تقرر ان التمليك من غير المالك لا يكون والكفيل
لا يملك المطالبة فكيف يملكه غيره فالظاهر ان التزام المطالبة على نفسه متبرعا فيتم بالتبرع كما قالوا
في الرهن انه تبرع فيتم بالتبرع **قوله** الا في مسئلة واحدة وفي الذخيرة قال المطلوب لرجل
اكفل وقبل عنه المكفول ان وجد الخطاب والقبول منه في صحته لا تصح الكفالة لان المطلوب لا يصح
نائبا عن الطالب في الاستيفاء فلا يصح نائبا عنه في قبول الكفالة لانه سبب الاستيفاء بخلاف
الطالب والاجنبي لان الطالب يصح منه الاستيفاء والاجنبي يصلح نائبا عنه في الاستيفاء فيصح
في قبول الكفالة التي هي طريقة الاستيفاء وان وجد في مرض الموت فان خاطب اجنبيا لا يصح وان
خاطب ابنه فالقياس لا يصح لان المطلوب لا يصح نائبا عن الطالب في قبول الكفالة وفي الاستحسان يصح لان المريض
مطلوب حقيقة واجنبي اعتبارا لانه وجد سبب سقوط المطالبة وتوجهها الى الوارث ولو كان مطلوبا
من كل وجه لم يصح خطابه في حق الوارث والاجنبي جميعا ولو كان اجنبيا من كل وجه صح في حقها فاذا
كان مطلوبا من وجه صح في حق الوارث دون الاجنبي عملا بالشبهين الا انا عملنا بشبهة الاجنبي في حق
الوارث لا في حق الاجنبي لانا لو عملنا بشبهة كونه مطلوبا في حق الوارث وقد صار المريض في حق الوارث
كالاجنبي من وجه لصيرورة الوارث مطلوبا من وجه لزمنا العمل بهذا الشبه في حق الاجنبي لان الاجنبي لم يصر
مطلوبا بمرضه بوجه حتى يصير المريض كالاجنبي في حقه فيتعطل العمل بالشبهين وفيه بحث لان المريض لو اعتبر
اجنبيا في حق الوارث من حيث ان المرض سبب سقوط المطالبة عنه وتوجهها الى الوارث لزم ان
يعتبر الوارث مطلوبا والمطلوب لا يصح كفيلا فحينئذ يتحقق المانع من قبل الوارث وان كان يرتفع من قبل
المريض فلا يفيد اعتباره اجنبيا فيتعطل العمل بالشبهين فينبغي ان يعتبر اجنبيا في حق الاجنبي
مطلوبا في حق الوارث ليتحقق العمل بالشبهين ثم يكفي لاعتباره اجنبيا انعقاد سبب سقوط المطالبة
عنه من غير ان يعتبر توجهها الى الوارث في صيرورته اجنبيا وان الوارث انما يطالب بدين الميت خلافة عنه
والخلف يحقق الاصل ولا يبطله فلا وجه لاعتباره اجنبيا سوى ان المرض سبب لسقوط الدين في الجملة
وفيه الاجنبي والوارث فلا يمكننا اعتباره مطلوبا في حق الوارث اعتباره مطلوبا في حق الاجنبي
حتى يتعطل العمل بالشبهين بل الامر على العكس لانه لو اعتبر اجنبيا في حق الوارث لانه خليفة والخلافة
تحقق المطالبة على الاصل فلان يعتبر اجنبيا في حق الاجنبي وانه ليس بخليفة عنه اولى والله اعلم **قوله**
لا انه وصية في الحقيقة قال الشارح من حق التعليل ان يقال فيه معنى الوصية لا انه يكون وصية
من كل وجه والا لما اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض وقد ذكرنا ان هذا لا يصح في حالة الصحة
قلت لا نزاع ان قوله تكفل ليس بوصية بصيغته ولكنه وصية اسمي انما لحاجة المريض اليه

وكيف يعتبر توجهها الى الوارث

تفريغا لذمته ولا ضرورة الى جعله وصية من الصحيح لانه في سعة تمكن اداء الدين بنفسه فلا يكون
محتاجا الى التصحيح قوله تكفل عني بجعله وصية احتاج المريض اليه على ان قوله وصية في الحقيقة معناه
انه وصية معنى لا صورة فقوله هذا وقوله فيه معنى الوصية سواء ثم لما كان وصية معنى كفالة صورة اعتبر
في الصحة جانب الصورة فاشترط قبول المكفول له واعتبر في المرض جانب المعنى فلم يشترط جانب
المعنى عملا بجهتي المعنى والصورة **قوله** او يقال انه قايم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته
وفيه معنى الطالب كما اذا حضر بنفسه فان حاصل هذا الوجه يقتضي ان يكون هذا الكفالة حقيقة فينبغي
ان يصح وان لم يكن له مال وقد قالوا انها انما يصح اذا كان له مال وايضا قد ذكر المصنف يرحمه الله بعد
هذا انه يجب بالكفالة على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا ان اخر المطالبة الى وقت الاداء
فاذا كانت الكفالة توجب دين الكفيل على المكفول عنه كيف يقبل تصحيحها لتفريغ ذمته من الدين
الحاصل اجيب عن الاول بان تصحيح الكفالة مبني على قيام المريض مقام الطالب وانما يصح ذلك ان لو
جعل المريض كالاجنبي الا اذا كان له مال لان حق الغرماء حينئذ يتعلق بماله وينتقل من الذمة الى المال
فيصير هو كالاجنبي فجاز ان يجعل قائما مقام الطالب اما اذا لم يكن له مال فالحق لا ينتقل من ذمته الى المال
فلا يكون كالاجنبي فكيف يجعل قائما مقام الغريم فلا يتم الكفالة بقوله وعن الثاني بان كفالة الوارث انما
ان كان يوجب دينه على المريض فدين الوارث المسهل فضائه من دين الاجنبي اذ هو اقدر على اقتضاء دينه
لمكان التركة في يده على ان الوارث انما يقضي دينه من تركة المريض لا من ماله وهذا مقصود المريض
ايضا فلا يبقى دينا له على المريض **قوله** لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة
كما ان بعني من الغائب يكون ايجابا حتى لو كتب اليه بعني كذا بكذا فلما بلغه الكتاب اليه وقال بعت تم
البيع لانه من الغائب يحقق لا مساومة والمسئلة ذكره بعض الشارحين في اول البيوع **قوله**
انه كفل بدين ساقط الى اخره وقد يقال هذا التعليل بمقابلة النص فقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
اتي بجنازة رجل من الانصار ليصلي عليه فقال عليه السلام هل على صاحبكم دين فقالوا درهمان او ديناران
فامتنع عن الصلوة فقام ابو قتادة فقال هما علي يا رسول الله وفي رواية كان ذلك علي رضي الله عنه
فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى
قوله لان الدين هو الفعل حقيقة ولقائل ان يقول لا نسلم انه الفعل بل هو وصف شرعي يظهر
اثره في توجه المطالبة كيف والفعل هنا انما هو التسليم وقد وقع التنصيص منهم بان التسليم انما
يجب بالمطالبة واما الدين فيجب بنفس العقد وكذا الدين المؤجل موصوف بالوجوب وتسليمه انما يجب بعد
حلول الاجل بالمطالبة ولان الواجب في الذمة هي ماهية الدرهم او الدينار مثلا ووجوبه عبارة عن شغل
الذمة بها وانها امر شرعي يظهر اثره في توجه المطالبة بتلك الماهية الى من وجبت له وتسليمها لا يتصور
الا بتسليم فرد من افراده اذ الماهية لا وجود لها الا في ضمن الفرد والدين هي الماهية المعقولة في الذمة
واداؤه تسليم فرد منها الى صاحب الحق ان كانت لا تحمل الوصف بالوجوب فالماهية المعقولة
والعين

تعين

بينه وبين الخصم

والا لصار الشخص مطالبا ومطالبا
الوارث وهو غير جائز ولا
يكون كالاجنبي

او تسليم

يحتمل فيما مضا فيه بالوجوب لا يجب ان يكون فعلا فكانه تسامح في جعل الدين هو الفعل حقيقة من حيث
ان المقصود من الدين لما كان هو الفعل اعتبره فعلا **قوله** وقد عجز بنفسه وقد يقال القدرة
الممكنة شرط الوجوب دون البقاء على ما عرف فكيف يترتب السكوت على طريان العجز بالموت بعد تحقق
القدرة حين الوجوب **قوله** بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال للكفيل انت رسولي بدفع
هذا المال الى الطالب لان الكفيل لم يقبض المال لنفسه بل قبضه للطالب فيكون امانة في يده لا يقال
الرسول من يعمل للغير والكفيل عامل لنفسه لانه يسعى في فكاك ذمته عن المطالبة والدين لا يترى
ان الطالب لو وكل الكفيل بقبض الدين المكفول عنه لا يصح وكيلا لهذا المعنى فينبغي ان لا يكون رسولا
ايضا لانا نقول ان المصنف رحمه الله لم يدع ان رسالة الكفيل بهذا صحيحة حتى يرد عليه ذلك بل ادعى
ان قبضه على وجه الرسالة قبض امانة فلا يكون مالكا فلا يطيب الربح له ويملك الدافع الاسترداد فاما
ان تكون هذه الرسالة صحيحة او فاسدة فلم يتعرض له وهذا الذي ذكرنا انه يملك الاسترداد اذا
كان الدفع على وجه الرسالة فهو رواية الحاشية وعليه ظاهر لفظ الكتاب ولكن ذكر في الكافي انه
لا يكون له الاسترداد فيما اذا دفعه على وجه الرسالة ايضا حيث لا يصير المودى ملكا للكفيل بل هو امانة
ولكن لا يكون للمطلوب ان يسترده من يد الكفيل لانه تعلق بالمودى حق الطالب فالمطلوب بالاسترداد
يريد ابطال ذلك فلا يقدر عليه هذا كلامه فان قلت فيجب ان لا يكون ولاية الاسترداد فيما اذا دفع الى
غير الكفيل على وجه الرسالة ايضا حيث تعلق به حق الطالب اجيب بان رسالة الكفيل غير صحيحة لما
ذكرنا انه عامل لنفسه والرسول من يعمل للغير فبقي قبضه بجهة انه مطالب بالاداء فلا يملك استرداده
بخلاف غيره من الرسول لانه قائم مقام المرسل ويده كيده ولو كان في يده كان له ولاية التصرف فيه
فكذا هذا وفيه بحث وذلك ان الرسالة لما كانت باطلة وكان قبضه بجهة انه مطالب بالاداء لزم ان لا يفرق
الجواب فيما اذا ربح في المقبوض بجهة الرسالة او بجهة القضاء وليس كذلك حيث لا يطيب له الربح مطلقا
اذا كان قبضه على وجه الرسالة ويطيب له الربح اذا قبضه اقتضاء والمقبوض مما لا يتعين بالتعيين واذا
كان المقبوض مما يتعين ففيه اختلاف مذكور في الكتاب الآن يقال قبض الكفيل يحتمل ان يكون
على وجه اقتضاء ما ثبت له على الطالب وان يكون على وجه الرسالة بان يؤديه من قبل المطلوب وان
يكون لاجل الاداء من هذا المقبوض تخليصا لنفسه عن عهدة الكفالة وكونه مالكا للمقبوض يختص
بالوجه الاول فيكون المحل لقصور الملك فيظهر فيما يتعين دون ما لا يتعين وفي الوجهين الاخيرين
لا يملكه الكفيل فيكون الخبث لعدم الملك وانه يظهر فيما يتعين وما لا يتعين جميعا فاذا بطلت
رسالة الكفيل لكونه عاملا لنفسه بقي قبضه ليقضي دينه من هذا المقبوض ويخلص نفسه به
فيكون الربح خبيثا في الوجهين والله اعلم **قوله** لان المكفول به مال مقضي به او مال
يقضى به فان قلت هذا الترديد يقتضي ان يكون قوله قضي وذاب محتملا بحسب محتملا للماضي والمستقبل
وليس كذلك بل هو بمعنى المستقبل والمراد به التكفل بمال يقضى به عليه بعد الكفالة الا يرى الى

ما ذكر

ما ذكره في الكافي من ان الطالب لو قال اني قدمت المطلوب بعد الكفالة الى فلان القاضي فاقمت
البينة عليه بالف درهم وقضى لي عليه بذلك فصرت كفيلا بذلك صحت الدعوى حتى لو انكر الكفيل فاقام
الطالب البينة بذلك عليه قضى القاضي على الكفيل والغايب بالالف لانه ثبت الوصف حتى لو اقر
لزم هذا كلامه فلو كان هذا اللفظ محتملا للماضي والمستقبل كما يشير اليه لفظ الكتاب لم يصح الحكم
على الكفيل اذا اثبت القضاء بالمال بعد الكفالة لاحتمال انه اراد القضاء في الماضي كما ذكر
الامام حافظ الملة والدين في الكافي حيث قال وهذه العبارات وان كانت للماضي فقد اريد بها
الاستقبال عرفا هذا اللفظ فقد حكم بان المراد بهذه الالفاظ هو الاستقبال لانه المتعارف والعرف قاضي
على اللغة قلنا مبنى الترديد المذكور ههنا على ان اللفظ يحتمل للمعنيين من غير ترجيح لكنه لما راى ان جواب
المسئلة على كل من المعنيين واحد ردد بينهما على معنى ان المكفول به انما هو المال الذي وقع القضاء به
سواء في هذا اراد الماضي او المستقبل وان كان المستقبل راجحا باعتبار العرف الذي هو قاضي على
على اللغة والترديد في مسئلة لا توجب الاجمال في اللفظ وانتفاء ترجيح احد المعنيين على الاخر كيف
وقد استعاد على الترجيح بقوله وهذا ماض اريد به المستقبل كقوله اطال الله تعالى بقاك
قوله نظرا الى قوله على وهو فاسد لجهالة الخسران كذا في الحاشية وفيه بحث اذ جهالة المكفول
به لا تمنع صحة الكفالة فالاولى ان يقال انما لا يصح هذا الضمان لانه انما يصح بما هو مضمون على المكفول
عنه والخسران غير مضمون على احد فلا يصح ضمانه حتى لو قال رجل لاخر بايع في هذا السوق على ان كل وضيعة
واخسران يصيبك فانا ضامن كان باطلا **قوله** ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل ما في زعمه فان
قيل من اشترى عبدا ثم باعه ورد عليه بعيب بالبينة لم يكن له ان يرده على بايعه عند محمد رحمه الله تعالى
مع ان القاضي لما قضى عليه بالرد فقد كذبه في زعمه قلت انما لم يكن له ان يرده على بايعه لان قوله
لا عيب به نفي للعيب في الحال والماضي والقاضي كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول
لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني وجواب ابي يوسف رحمه الله عن هذا
قد قدمناه في خيار العيب نعم يشكل هذا بما اذا مات عبد في يد رجل فاقر انه غصبه من زيد
فعليه قيمته لزيد فان برهن رجل ان العبد له فقيمته لمن برهن ولا شيء لزيد على المقر لان ما اقر له
صار مستحقا بالبينة فان وهب المرهن تلك القيمة في صحة للمقر او مات فورثها المقر او وصى له بها
ردها على زيد لانه زعم ان ما اخذ المرهن نحو المقر له وانه اخذ بغير حق فصار دينا عليه وما
وصل الى المقر وصل بالارث او بالوصية والدين مقدم عليهما كذا في الكافي في باب الحوالة
فقد اخذ المقر ما زعم مع انه قد صار مكذبا في زعمه شرعا بدليل على انه مكذبا في هذه المسئلة
شرعا ما ذكر في الذخيرة حيث قال عبد في يدي رجل ابق من يده وجاء رجل وادعى انه عبده واقام
عليه بينة واقام ذو اليد بينة انه غصبه من فلان فقضى بقيمة العبد للمدعي على الذي كان العبد
في يده ثم اذا عاد العبد من الاباق فهو للمدعى عليه فلا يؤمر برده الى فلان وكان ينبغي ان يؤمر

وقبلها وكذا في ان يصير كفيلا
اذا قضي على المكفول عنه بالمال
بعد الكفالة لاحتمال ارادة
الماضي

مجلد

قال ... ... كل وضيعة
وخسران يصيبك فانا ضامن
كان باطلا

اشترى عبدا وباعه ورد عليه بعيب
لا يرده على بايعه عند محمد

لانه لما اقر انه غصبه من الغايب فقد اقر ان رده واجب عليه اذا قدر على الرد وقد قدر عليه الا ان القاضي
لما قضى على صاحب اليد بالعبد للمدعي حتى قضى عليه بقيمة العبد فقد كذبه في اقراره ان عليه
رد العبد على الغايب بسبب الغصب ولنفاذ القضا نافذا ظاهرا وباطنا الا ان صاحب اليد ما اقر بالملك
للغايب نصا وليس من ضرورة الاقرار بالغصب من الغايب الاقرار بالملك له الا ان الانسان قد
يغصب من غير المالك ايضا فلم يكن في زعم صاحب اليد ان العبد ملك الغايب وان شهود
المدعي زور ليمتنع نفاذ القضا بالملك للمدعي باطنا فعند القضا باطنا فيثبت
تكذيب المدعي عليه بخلاف ما اذا اشترى عبدا اقر انه ملك البايع ثم استحق بالبينة ثم عاد
الى المشتري بسبب حيث يلزمه رده الى بايعه ان كان البيع قد فسخ لان هناك اقر بملك
البايع نصا فكان في زعمه ان شهود المدعي زور وقد قامت على ملك مرسل والقضا بشهادة
الزور في الاملاك المرسلة لا تنفذ باطنا وان لم ينفذ باطنا لما في زعم المشتري لم يصر مكذبا
من جهة القاضي فيما اقر من الملك للبايع نصا فبقي اقراره صحيحا كما كان فوجب الرد على
البايع اذا وصل اليه لو اشترى ولم يقر بالملك للبايع نصا ثم استحق فعاد الى يده لا يؤمر
بتسليمه الى البايع فالفرق بين مسئلة الكتاب ومسئلة الكافي مشكل وبين مسئلة الكافي وبين مسئلة
الذخيرة اشكل ثم ما ان رحمه الله في الذخيرة من ان التكذيب انما يبطل الزعم ان لو كان القضا نافذا ظاهرا
وباطنا ينتقض بمسئلة العيب فان القضا بوجود العيب من حيث انه لا يحتمل الانشا لا ينفذ
باطنا مع انه اعتبر تكذيبا وجعل الانكار كالعدم عند ابي يوسف رحمه الله الا ان يحمل على مذهب
محمد رحمه الله خاصة وينتقض ايضا بما اذا اصدق الملتقط انسانا في دعوى اللقطة واقر صريحا
بانها له فدفعها اليه ثم اقام آخر البينة انها له فله ان يضمن الملتقط بالدفع او القابض بالقبض
فان ضمن الملتقط يرجع الى المدفوع اليه لانه وان صدقه واقر له لكن الملتقط اذا صار مكذبا في
اقراره سقط اعتبار اقراره كذا ذكره في المبسوط نقلا الشارح رحمه الله في كتاب اللقطة ووجه
الانتقاض ظاهر اذ القضا في هذه المسئلة ايضا نافذ ظاهرا لا باطنا لان شهود المدعي
كذبة في زعم الملتقط مع انه ابطل زعمه فعلم ان نافذه ظاهرا يوجب بطلان الزعم
قوله ضامنا لنفسه اذ الكفالة التزام المطالبة لمن له المطالبة على الاصيل ومن له المطالبة
على الاصل هنا ليس الا الوكيل بالبيع فلو ضمن الوكيل ادى الى ان يلتزم المطالبة لنفسه وانه
باطل اذ الواحد لا يصلح مطالبا ومطالبا لان معنى الطلب من نفسه ولقايل ان يقول
هذا التعليل ولو كان وضع المسئلة مطلقا فيما اذا ضمن الوكيل قوله له المطالبة بالثمن ولكن
وضع المسئلة فيما اذا ضمن الوكيل بالبيع بالثمن للموكل ولا يخفى ان كفالة الوكيل بالثمن للموكل انما لا تبطل
باعتبار ان ركن الكفالة لا يتحقق لانها عبارة عن التزام المطالبة لمن له المطالبة فكانت الكفالة
لمن لا مطالبة له باطلة بالضرورة قوله ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير في حكم

بحكم الشرع اي لو صح هذا الضمان لزم تغيير حكم الشرع من الامانة الى الضمان واللازم باطل ولقايل
ان يقول الملازمة ممنوعة لو صح هذا الضمان كان الوكيل كفيلا ايضا ولا تبطل الوكالة وحيث
لم تبطل كان قبضه مسقطا للمطالبة عن الاصيل واذا سقط المطالبة عن الاصيل يوجب سقوطها عن
الكفيل واذا سقطت المطالبة لم يبق الضمان فلا يؤدي الى كون الثمن مضمونا في يده بعد قبضه وتقريره
آخر ان قبض الوكيل الثمن كقبض الموكل فلو صحت الكفالة للموكل برئ عن الكفالة بمجرد القبض لان قبض
المكفول له الدين عن المكفول عنه يوجب براءة الكفيل عن المطالبة واذا خرج عن الكفالة لا يبقى
الثمن في يده الا امانة ولا يصير مضمونا قوله لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه
ولو صح في نصيب شريكه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وذا لا يجوز وذكر في الفوائد الظهيرية الضمان
باطل لان ما يستحق بنصيب احدهما بنصيب احدهما فللآخر ان يشاركه فيه اذا كان ما لا بد له ان
احدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئا كان للآخر ولاية الشركة فلو صح الضمان فما يؤدي الضامن يكون
بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه على الشريك فيبطل الادا فيما وقع الرجوع فيه
وبقيه كانه ما ادى الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي ثم فثم الى ان لا يبقى شيء وهذا
معنى قول الشارح الخ تجويز هذا الضمان ابتدا ابطاله انتهاء ولا معنى لما قيل لو صح الضمان
اما ان يصح بنصف شايع او بنصف هو نصيب شريكه لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه كيف
يصح شايعا وقوله لا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى له ايضا لانعقاد
الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه يجوز وليس قسمة الدين فكذا اذا ضمن احدهما بنصيبه
في التعويل على ما ذكر كذا في الشرح والجواب اما عن اقواله ان الضمان يضاف الى نصيب
شريكه فكيف يصح شايعا فلان معنى هذا الترديد ان ذكر نصيب الآخر ان كان للتقدير بمعنى ان
يكون كفيلا بمقدار نصيب الآخر يلزم ان يكون ضامنا لنفسه وان كان للتحقيق يلزم قسمة الدين
قبل قبضه وهذا الترديد صحيح واما عن قوله ولا معنى لهذا ايضا الخ فيقول ذكر الشارح في كتاب
الصلح ان قسمة الدين قبل القبض لا يجوز قصدا اما ضمنا فيجوز وفيما اذا اشترى بنصيبه ان كان قسمة
الدين قبل القبض فهو في ضمن صحة الشرى فيجوز كما لو صالح احد الشريكين بنصيبه على شيء معين
يجوز لان قسمة الدين هنا في ضمن صحة المصالحة وفيما نحن فيه لو صح الكفالة يلزم القسمة
قصدا لان الدين في الكفالة اصل حتى يبطل ببطلانه فتكون الكفالة واقعة على نصيب
الشريك من الدين قصدا فيلزم قسمته قصدا وذا لا يجوز اما الشرى فغير واقع على الدين
قصدا لان الدين لا يتعين للثمنية فتكون الاضافة اليه والاطلاق سواء والاستيفاء بطريق
المقاصة ضرورة لبقاء الدينين فتكون الاضافة اليه آخرهما قضاء لا اولهما ولان الثمن في الشراء
تابع والمقصود هو المبيع فيكون الشرا واقعا على المبيع قصدا وعلى الثمن ضمنا والصلح عن
الدين بالمال الخ في معنى الشرى فالحق به والكفالة واقعة على الدين قصدا فلا يجوز بنصيب

احدهما خاصة الا يرى انه لو اجل الساكن من نصيبه من الدين لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه لما ان الاجل يقع على الدين قصدا في ذكر انه لو اشترى احدهما
شيئا بنصيبه من الدين جاز وليس فيه قسمة ممنوعة بل فيه ايضا قسمة ولكن ضمنا لا قصدا وفي
الكفالة قسمة قصدا فافترقا ثم ما ذكر في شرح الفوائد من قوله بدليل ان احدهما لو اشترى بنصيبه
منه كان للآخر ولاية الشركة بخلاف ما ذكره المصنف رحمه الله في الصلح انه لو اشترى احد الشريكين
من المديون بنصيبه ثوبا كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين ولا سبيل للشريك على الثوب
في البيع والشريك ان يتبع الغريم ايضا الا ان يسلم الا ان او يسل **قوله** لانها تجرد
فعل وفي الكافي لان الواجب فعل هو عبادة والمال محل لاقامته قلت كون الواجب فعلا
لا ينافي صحة الزمان الا يرى ان الضمان بتسليم المبيع جائز وانه فعل ليس الا كيف وقد تقدم ان
دين العباد في الحقيقة فعل وهو دين يملك مال الغريم ولهذا يوصف بالوجوب والافعال
هي التي توصف بالوجوب وكذا وصف كونه عبادة لا ينافيه لانها عبادة تجري فيها النيابة
حتى لو وكل باداء الزكوة غيره صح واداء الضامن لا يكون ادنى من اداء الوكيل اذا كان الضمان
بامره على ان الزكوة ان كانت عبادة فالطراح عقوبة ثم كون عقوبة لا ينافي الضمان فكذا كونه عبادة
ثم في الكافي وهذا لان التبعي ان وجوب تمليك مال عن شيء آخر فاخراج بحسب تبع المعاملة
ردا عن الدين عن حريم الدين الى آخر قلت الموجب لصحة الكفالة انما هو كون المكفول واجبا
في الذمة حتى يتحقق الكفالة التي هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة سواء كان دينا او فعلا
فاما كونه بدلا عن شيء فلا تاثير له في صحة الكفالة الا ان يقال في موجب الدليل ان المقصود الاصلي
في الزكوة هو الفعل دون المال فكان الواجب في الحكم الفعل دون المال فلا يصح الضمان
بالمال لانه ليس بواجب في الذمة حكما والكفالة هو التزام ما يجب في الذمة بخلاف ساير الديون فان المقصود
فيها بالمال ولو ظفر الطالب بجنس حقه يجيء ويسقط الدين ولو ظفر الفقير بجنس الزكوة فاخذ لا يسقط الزكوة
فافترقا فان قلت فليصح الكفالة بتسليم الزكوة قلت تسليمه عبادة وهو خالص
حق الله تعالى والكفالة شرعت للتوثق بالحق فيتحقق بحقوق العباد لحاجتهم دون حقوق
الله تعالى **قوله** والرواية باو ويحتمل ان يكون هذا اعتراضا على من قال بان الغيبة هي النوايب
بعينها او حصة منها يعني انه قد روي باو وانها يقتضي التقابل بين المعطوف والمعطوف عليه
ولا تقابل اذا كانت عين النوايب او حصة فيكون الرواية باو ردا لهذا القول ويحتمل ان
يكون دليلا على ان المراد حصة يعني انه روي او مكان الواو فعلم انه ليس بعينها بل حصة منها اذا
المصنف باو لا يصح عند كونها عين النوايب وعطف الاخص على الاعم باو جائز عند البعض
قوله ووجه الفرق ان الاقرار بالدين ثم ادعى هنا لنفسه وهو ناجز المطالبة الى اجل
فان قلت هذا بيان تغيير وهو يصح موصولا فينبغي ان يكون للمقر اجيب بانه ان كان بيانا

ع فافهم ع

بدل فيتحقق

تغييره فصح مفصلا لاستلزم قبول قوله بلا حجة بل انكارا محضا يقبل وان كان دعوى شيء لنفسه
لا يقبل الا بحجة اذ البينة على المدعي واليمين على من انكر نظير الاول ما اذا قال غصبت الفا فقال له
وهي ستوقة ووصل كان القول له لانه ينكر وجوب عينه فمن ادعى عليه عينه فعليه الحجة ونظير
الثاني ما اذا قال رب المال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب بل شرطت في نصف
الربح اغيم فالقول للمضارب ولا يصدق في قوله وزيادة عشرة لانه يدعي لذلك عقدا آخر وهو
الاجارة بدعوى فساد عقد المضاربة لانها اذا فسدت يصير اجارة فلا يصدق فيه وفي الكافي ثبت
انه بيان التغيير يصح موصولا اذا لم يكن له مكذب ومعنا مكذب فلا يصح ويرد عليه
ما اذا قال غصبت الفا ثم قال هي ستوقة فانه يصدق مع تكذيب المقر له الا ان يراد بالتكذيب
انكار ما يدعيه المقر حقا لنفسه قبول الامر المطاوع كما ذكرنا **قوله** والشافعي رحمه الله الحق الثاني
بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني هكذا في عامة النسخ والصحيح ان
يقال والشافعي الحق الاول بالثاني وابو يوسف الحق الثاني بالاول عند الشافعي رحمه الله
القول للمقر في الفصلين ومذهب ابي يوسف فيما يروى عنه على عكسه كذا في الشرح و
في الكافي ويحتمل ان يكون له قولان او كان لفظ المصنف والشافعي الحق الاول بالثاني وابو يوسف
فيما يروى عنه الحق الثاني بالاول والتغيير وقع من الكتاب ثم لفظه وهل يجوز ان يكون الحق الثاني
بالاول من قبيل التشبيه المقلوب ومعناه ان الاول بلغ في متانة حكمه وهو ان يكون فيه قول المقر مبلغا
يلحق الثاني به في اثبات ذلك الحكم على نحو قوله وبدا الصباح كان غرته وجه الخليفة حين يمتدح و
هكذا نقول في قوله وابو يوسف الحق الاول بالثاني **قوله** لان الاول دين والثاني
مطالبة ثم هي اي المطالبة تابع للدين لانها لا يتصور الا بعد تحقق الدين سواء تحقق على من عليه
المطالبة او على غيره والمرجوح ساقط الاعتبار بمقابلة الراجح باجماع العقلاء ولا تظهر المطالبة
بمقابلة الدين ولئن سلم ان على الكفيل الدين كما هو مذهب البعض فالدين على الاصل راجح على
الدين على الكفيل لانه ضروري يثبت بضرورة توجه المطالبة اليه والدين على الاصل يثبت على
الاطلاق فيكون راجحا ايضا **قوله** ولا يؤدي الى الدور لان قضية الاستواء توضيح ان الرجوع
بنصف ما ادى احدهما على صاحبه في هذه المسئلة لتحقق المساواة بين الكفيلين لاستوائهما
من كل وجه وانها لا يتحقق الرجوع احدهما بنصف ما ادى اذ لو رجع اليه صاحبه لفاتت المساواة فهو
فيعود الامر على موضعه بالنقض واما المسئلة الاولى فالرجوع فيه ليس لتحقيق المساواة لعدم الاستواء
بينهما فلو رجع قبل اداء النصف لرجع من حيث انه اداه عنه وعند الرجوع يصير صاحبه ايضا مؤديا
بالنيابة فيكون له ايضا حق الرجوع على المؤدي بنصف ما ادى عنه فيؤدي الى الدور **قوله** لانه كفل
بجميع المال عنه بامره فان قلت نعم ولكن ما اداه وقع شايعا على ما مر فوجب ان لا يرجع على الاصيل
الا بقدر ما يقع على كفالته عنه اجيب بان معنى الاداء وان وقع شايعا فهو يوجب سقوط مطالبته

كل الدين عن الاصيل فصار بهذا الاداء في حقه كاداء الكل عن كفالة الاصيل من حيث ان كل منهما يوجب
سقوط المطالبة عنه فيوجب حلول ما للكفيل عليه من الدين المؤجل على ما مر وذلك ان اداء الكل
عن كفالة الاصيل انما يوجب حلول الدين باعتبار انه يوجب سقوط مطالبة كل الدين عن الاصيل
وهذا الاداء الواقع سابقا مماثل في اسقاط المطالبة فيوجب الحلول ايضا ومتى حل
ما للكفيل على الاصيل ثبت له حق المطالبة **قوله** ويجعل كفيلا في حق صاحبه مع ان
الالف في حق الصاحب يجب بدل الكتابة والكفالة ببدلها باطلة لانا نقول ما لا يصح
من الكفالة ببدل الكتابة هي الكفالة من كل وجه وهذه كفالة من وجه دون وجه لانها كفالة في
حق الصاحب دون المولى لانه يطالبه بحكم الاصالة فيجوز وذلك انما بدل الكتابة دين من وجه
دون وجه فلو كان دينا من كل وجه صحت الكفالة اذا الحقت بها مطلقا فلما كانت دينا من كل وجه
صحت الكفالة اذا كانت كفالة من وجه ولم تصح من كل وجه (اذا كانت) **قوله** وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه
الواو للحال والحال ان كلا منهما كفيل عن صاحبه فينبغي عن اشتراط الكفالة للكتابة اذا الاحوال
شروط توافق وضع المسئلة ما قالوا وجه القياس ان هذه كتابة شرط كفالة المكاتب ببدل
الكتابة وكل ذلك فاسد والكتابة تفسد بالشرط الفاسد **قوله** وطريقه ان يجعل كل واحد منهما
اصيلا الى آخره فان قلت هذا الطريق انما ينفع اذا ارتفع ما يوجب فساد الكتابة من
كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة ولا يرتفع بشيء من ذلك فلا يجدي نفعا قلنا بل يرتفع به
وذلك لان الفاسد من كفالة المكاتب هو كفالته بما لا يكون عليه بجهة الاصالة وهذه كفالة
بما عليه اصالة حيث جعل المال على كل منهما اصالة وكذا الفاسد من الكفالة ببدل الكتابة هو الكفالة
من كل وجه وهذه كفالة في حق الصاحب اصالة في حق المولى ومثل هذه الكفالة جائزة
ببدل الكتابة فيجعل كل منهما اصيلا في وجوب الالف وعتق الآخر معلقا بادائه حصل الاحتراز
عما هو الفاسد من كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة فتصح الكتابة والكفالة جميعا
فتامل **قوله** فاداء احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما فان قلت اجتمع في كل من
العبدين جهة الاصالة وجهة الكفالة وقد سبق انه لا معارضة بينهما تبين الجهتين فينبغي ان
يقع كل ما اداه احدهما في نفسه بجهة الاصالة لا عن صاحبه بجهة الكفالة وايضا رجوع المؤدي
بنصف ما اداه الى صاحبه يستلزم الدور اذ لصاحبه ان يقول انت اديته عني ولو اديت
بشيء كان لي ان ارجع عليك فكذا اذا اديت عني على ما مر بيانه في المسئلة الدورية قلت جواب
الشبهتين يخرج من قوله لاستوائهما كل من العبدين من حيث ان كل واحد اصيل في وجوب الالف
عليه وعتق الآخر يتعلق بادائه وكفيل في حق الآخر (اي الاستواء) يعني انهما لما استويا لابد وان يرجع احدهما
على الآخر بنصف ما ادى اذ لو لم يرجع لكان عتق المؤدي تابعا للعتق من كل وجه وذلك ليس من قضية
العقد ثم لما رجع بالنصف حصل الاستواء المقصود بالرجوع فلو رجع غير المؤدي الى صاحبه بعده

فان

فان استويا فيعود الامر الموضوعة بالنقض بخلاف المسئلة الدورية حيث لا مانع من رجوع
غير المؤدي فيها اما ههنا فالمانع موجود وهو فوت المساواة المقصودة بالرجوع فافترقا
وذكر في الشاهان فان قلت ينبغي ان لا يرجع بشيء قبل ان يزيد ما اداه على النصف لان على
كل واحد النصف في الحقيقة والكل لتصحيح التصرف قلت لو كان كما ذكرت لعتق المؤدي باداء
النصف لانه ادى ما عليه ولم يعتق فيقع المؤدي شائعا لفظه واعترض عليه في الحاشية بان
عدم عتقه في اداء النصف لعدم الشرط لا لاجل شيء آخر لان عتقه معلق باداء الكل فعدم
العتق لا يدل على الشيوع فيجب ان لا يرجع قبل ان يزيد ما اداه على النصف هذا لفظه قلت
ضرورة تعليق المولى عتق كل واحد منهما باداء الكل وقوع المؤدي على الشيوع اذ لو لم يشع بقي
المؤدي بالنصف عما عليه من البدل وبراءة المكاتب من بدل الكتابة يوجب عتقه فلا
يتعلق العتق باداء الكل ضرورة وفيه تغيير التصرف فقلنا بوقوعه شائعا فما ذكر في الحاشية انما
يتوجه ان لو صح تعليق عتق المكاتب بما هو ليس من بدل الكتابة بعد ما ادى بدلها وهو ليس بصحيح
لانه شرط فاسد والكتابة تبطل بالشرط الفاسد واشتراط اداء ما ليس ببدل الكتابة
شرط فاسد لا يقتضيه العقد فيؤول القول بتوقف عتق المؤدي بما ليس عليه من الكتابة
ابطال الكتابة لبطلانها بالشروط الفاسدة **قوله** المعتق بالكفالة فان قلت كيف
يكون المعتق هنا كفيلا ببدل الكتابة والكفالة به لا تصح قلت هذه في حالة البقاء
لانه لم يكن هنا كفالة في ابتدائه ببدل الكتابة بل كل بدل الكتابة كان واجبا على كل واحد منهما
تصحيحا للكتابة على ذلك الوجه بقدر الامكان وبعد اعتاق احدهما صار المعتق كفيلا عن غير المعتق ببدل
الكتابة بقاء ويجوز ذلك بقاء وان لم يجز ابتداء كذا في الشرح فان قلت سيأتيك ان الكفالة ببدل الكتابة
انما لا يجوز لان المكاتب لو عجز نفسه سقط الدين ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل
واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد فهذا يقتضي ان لا يصح الكفالة ببدل الكتابة
بقاء ايضا لانه ما لا يتحقق معنى الكفالة فيه وهو الضم لا يكون محلا لها وما يرجع الى المحلية والابتداء
والبقاء فيه سواء كحرمة المصاهرة في النكاح اجيب بان الكفالة ببدل الكتابة
ان كان لا يتحقق فيه معنى الضم من حيث الوصف فقد يتحقق فيه من حيث اصل الدين
فقلنا لا يصح الكفالة به ابتداء باعتبار ان الضم من حيث الاوصاف غير ممكن ويصح
بقاء باعتبار انه ممكن من حيث الاصل عملا بالجهتين **قوله** ولم يرض به يشير الى ان رضاء
المولى يتعلق الدين بما في يد العبد او برقبته شرط لظهور الدين في حق المولى
ولكن الدين اذا ثبت بسبب لا مرد له كاستهلاكه مال الغير فانه يظهر في حق الغير (المولى) ايضا
وان لم يكن راضيا به **قوله** فلا ينقلب موجبه بدا فان قلت اذا زوج ابنه الصغير في صحته
وضمن عنه المهر وقبلت المرأة الضمان صح فلو اداه في حياته لا يرجع في ماله

زوج ابنه الصغير وضمن المهر وقبلت المرأة الضمان صح فلو اداه في حياته لا يرجع في مال الصغير

العظيم ثم اذا مات واخذت من تركته رجع ساير الورثة بذلك في نصيب الابن فهذه كفالة ثم يقع
موجبة الرجوع لكونها بغير امره حتى لا يرجع في حيوته ثم بموته ينقلب موجبة له قلت بل هذه كفالة
بامر المكفول عنه له موجبة للرجوع لولاية الاب عليه في الاقدام على الكفالة دلالة الامر من جهته
كما لو كفل به اجنبي بامر ابنه وادى فانه يرجع وانما لا يرجع الاب اذا ادى في حال حيوته
لانه قام دلالة التبرع لا نوبرعي لان تبرع الاباء بمهر الابنا حال الحيوة متعارف لا لان الكفالة
لم تقع موجبة للرجوع حتى لو ادى واشهد انه يؤديه ليرجع كان له الرجوع في مال ابنه قوله
كمن كفل بغير امره فاجازه فان قلت الكفالة بغير الامر غير موجبة للرجوع بذاته والامر للاجازة
في الكفالة لعدم احتياجها اليها فكان وجودهما بعد تحقق الكفالة وعدمهما بمنزلة بخلاف
ما نحن فيه اذا الكفالة هنا بالامر وهي توجب الرجوع غير ان الرق مانع كالعرف في كفالة الاب على
ما ذكرنا فاذا زال المانع وجب ان يرجع اجيب بان الكفالة بالامر انما توجب الرجوع لانه يجب
بنفس الكفالة للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت مطالبته الى حين ادائه
وكفالة المولى عن عبده لا توجب دينا عليه فلا توجب الرجوع فصار كانها بغير الامر فلا ينقلب
موجبة للرجوع في العتق كما لا ينقلب الكفالة بغير الامر موجبة له بالاجازة قوله ولا يجوز
الكفالة بمال الكتابة تخصيص مال الكتابة غير مفيد فانه كما لا يجوز الكفالة بدين الكتابة لا يجوز
بدين آخر للمولى ايضا لانه يسقط عند التعجيز ايضا فلانه انما خصه بالذكر لانه اصل وساير الديون
تتبعه وجوبا وسقوطا بالتعجيز نعم يشكل بان المكاتب يحبس بدين للمولى عليه سواه
بدل الكتابة ولا يحبس في بدلها وعللوه بانه لا يصير ظالما بالامتناع عن بدل الكتابة فان له ان لا يؤدي
ويرد نفسه في الرق والحبس جزاء الظلم ولم يوجد وان كان عليه دين غير بدل الكتابة
يحبس فيه لانه لا يتمكن من فسخ سبب ذلك الدين كذا في الذخيرة فلو كان المكاتب متمكنا من اسقاط
ساير الديون للمولى عليه بالتعجيز يمكنه من اسقاط مال الكتابة لم يحبس في دين غير بدل الكتابة ايضا و
غاية ما يمكن ان يقال ان المكاتب لما كان متمكنا من اسقاط ساير الديون سوى بدل الكتابة
ضمنا لا قصدا قلت لا تصح الكفالة بها اعتبارا لجانب الضمن ويحبس فيه اعتبارا لجانب العقد قوله
لا فاذا ما الكتابة مال يثبت مع المنافي والتقدير حصل الضمير في لانه للعقد فكانه لم يكن في
تسمية قوله مال والام نحل المال على العقد غير مستقيم قوله يثبت مع المنافي وهو الرق
اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا والمكاتب عبده ما بقي عليه درهم وقد يشكل ان الرق كما ينافي
ثبوت المال للمولى على العبد ينافي ثبوته للعبد على المولى ايضا فينبغي ان لا تصح الكفالة بدين المكاتب على
المولى ايضا وقد ذكر الشارح رح عن المبسوط انه كان للمكاتب دين على مولاه ولم يكن ذلك الدين
من جنس بدل الكتابة فكفل به رجل عن المولى صح لان الاصل مطلوب بهذا المال مطلقا فصح
كفالة الكفيل به ثم قوله ولانه لو عجز نفسه الى آخره ايضا غير مطرد لانه لا يتاتي في معتق

البعض عند ابي حنيفة رضي الله عنه اذا الكفالة بمال السعاية لا يجوز عنده وهو لا يقدر على
السعاية بالتعجيز قوله فلا يظهر في حق صحة الكفالة والما يظهر في صحة الرهن حتى اذا اخذ
من مكاتبه رهنا بدل الكتابة جاز لان الرهن والارتهان ايفاء واستيفاء وبدل الكتابة يظهر
في حق الاستيفاء وكذا في حق الرهن والارتهان وذلك انه لو لم يظهر في حق الاستيفاء لما افاد عقد
الكتابة فائدة قوله لان من شرطه الاتحاد حتى لو كان الدين موجلا على الاصيل ثبت كذلك
على الكفيل اذا كفل مطلقا فان قلت اذا كفل بدين موجل على الاصيل ثم مات الكفيل قبل حلول
الاجل وهو عليه حال يوخذ من تركته ولا يرجع ورثته على الاصيل حتى يحل الاجل لان الاجل في حق الاصيل
باق حتى لا يطالب الطالب بشيء فكذا ورثة الكفيل فقد اختلف ما على الاصيل وما على الكفيل حالا
وموجلا فلو كان الاختلاف وصفا مانعا من الضم لما اختلف فيما ذكرت وكذا لو كان الدين موجلا على
الاصيل والكفيل جميعا ثم مات الاصيل سقط الاجل في حق الاصيل ولا يثبت في حق الكفيل اجيب
بان حلول الدين على الكفيل بموته لا يبطل معنى الضم بل يحققه لان الدين انما يتاجل على الاصيل بحيث
لو مات يصير حالا فلو كفل عن رجل ينبغي ان يثبت مطالبة على الكفيل كذلك اي بحيث لو مات يحل عليه
ويسقط الاجل والا لم يكن الكفيل مثل الاصيل على ان الشارح رح قد ذكر ان الكفالة ببدل الكتابة بقا جايزا
فقد جوز اختلاف ما على الاصيل والكفيل من حيث الوصف في البقاء فيما اذا مات الكفيل اما يختلف
ما عليهما تعجيلا وتاجيلا في البقاء فلا يضر والله اعلم

كتاب الحوالة

وانما اختص بالدين لانه ينبئ عن النقل والتحول في الدين لا في العين اي التحويل الذي يكون فيه شرعي
وهو انما يتحقق في المحل الشرعي وهو الدين لانه عبارة عن وصف في الذمة يظهر اثره في
المطالبة ولما كان كذلك لا يتصور التحويل الشرعي في العين لان الحوالة انما تحول في الذمة والعين
لا تثبت فيها فلا يعمل النقل فيه كذا في الشرح وقد يشكل بان هذا الوجه لا ينتهض دليلا على اختصاص
الحوالة بالدين لامكان التحويل الشرعي فيما سوى الدين مما يجب في الذمة ايضا كتسليم المبيع والمستاجر و
ورد المرهون بعد اقتضاء الدين وتخلية الوديعة فهذه امور تجب في الذمة حتى تصح الكفالة بها
فينبغي ان تصح الحوالة ايضا وتوضيحه انه قد سبق في الكفالة لان الدين فعل في الحقيقة فاذا صحت الحوالة
في الدين وهو فعل وجب ان يصح في جميع الاحوال الواجبة في الذمة وقوله انما اختصت
بالدين يشير بانه لا تصح الحوالة بغير الدين مما يجب في غير الدين الا ان يقال انا لا نصح الحوالة بغير الدين مما يجب
في الذمة لان الحوالة تاجيل معنى على ما سنذكر من الذخيرة والتاجيل في الديون يكون لا في غيره ثم
قد يشكل بان الدين فعل على ما مر في مسئلة الكفالة بالدين على ميت مفلس والفعل عرض والعرض لا يحتمل
النقل من محل الى آخر قوله لانها تنبئ عن النقل ان اريد انها تنبئ عن النقل الذي انها تنبئ عن
النقل الحسي لا يترتب عليه قوله والتحويل في الدين لا في العين دون الدين وان اريد انها تنبئ عن النقل الشرعي فلا يخفى
ان لفظة تنبئ عن النقل الشرعي وان اريد انها تنبئ عن نفس النقل بقطع النظر عن الحسي والشرعي لم يترتب عليه

اذ التحويل الحسي انما يتصور في العين

نفي التحويل في العين بل التحويل فيما ظهر منه في الدين فكانه اراد بقوله يتبنى عن النقل انها موضوعة
في الشرع للنقل الشرعي وانه لا يتصور الا في الدين وحاصله انها تنبى عن النقل الشرعي في موضع
الشرع لانها موضوعة للنقل الشرعي فلا يتصور الا فيما يتصور فيه النقل الشرعي وهو الدين **قوله**
وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه قلت نعم لكن نفع مشوب بالضرر مما انه لو صحت الحوالة بدون رضا المديون
لما صح ابراء الدائن بعد ذلك كما لا يصح فيما اذا كانت الحوالة بالامر وفي عدم صحة الابراء ضرر بالمديون
اذ الدين يعود اليه اذا توى ولو صح الابراء لا يعود فكان في صحة الحوالة ضرر بالمحيل من حيث
لا تصح ابراؤه عن الدين حينئذ فلا يصح الا برضاه وايضا لاهل المروة ايضا يتضرر في حق نفسه ولا يتضرر به
الموهوب له ومع انه يشترط فيه القبول وايضا لا نسلم انه نفع محض بل هو مشوب بضرر المنة فان
فعل الدين عن ذمته امتنان عليه فيجب ان يتوقف على القبول دفعا لضرر المنة الا ان تعالى ضرر
المنة ليس بمعتبر شرعا حتى يصح قبول الهبة من الصبي العاقل ولا يصح منه الا ما هو خالص النفع وكذا
لو قضى دين غيره بغير امره وقبل الدائن صح الاداء واقتضت المطالبة معان فيه منة على المديون
فعلم انه لم يعتبر ضررا في الشرع واما الهبة فانها تتوقف على القبول لانه تصرف عليه بادخال
الشي في ملكه والتصرف على الغير لا يجوز الا باذنه ولا تصرف في مثل الدين عن ذمته والتزامه
على نفسه لان حاصله امتناع المطالبة وانه ليس من التصرف في نفسه في شي **قوله** اذا تمت
الحوالة برئ المحيل من الدين حتى ان المحتال اذا وهب الدين من المحيل او ابراه من الدين بعد
الحوالة لا تصح ولو ابراء المحتال عليه او وهبت يصح فان قلت المحتال اذا ابرأ المحتال عليه يصح ابراءه
ولا يرتد برده كابراء الكفيل ولو انتقل اصل الدين اليه وجب ان يرتد برده كما لو ابراء المحيل عليه
قبل الحوالة ولان المحيل اذا نقد الدين يجبر المحتال على القبول ولو انتقل اصل الدين بالحوالة لكان
المحيل متبرعا في النقد كاجنبي آخر والاجنبي اذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر على القبول ولان المحتال اذا
وكل المحيل بقبض مال الحوالة ولو انتقل اصل الدين يصير المحيل اجنبيا وتوكيل الاجنبي بقبض
الدين صح قلت ذكر في الذخيرة ان محمدا رحمه الله ذكر في الكتاب احكاما متشابهة فاعتبر الحوالة
بعضها تاجيلا وجعل المحول بها المطالبة دون الدين وفي بعضها ابرا وجعل المحول بها المطالبة و
الدين لان اعتبار حقيقة اللفظ توجب نقل المطالبة والدين لان الحوالة منبئة عن النقل وقد اضيفت
الى الدين واعتبار المعنى يوجب نقل المطالبة لا غير لان الحوالة تاجيل معنى الا يرى انه اذا مات
المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التاجيل فاعتبرنا الحقيقة في بعض
الاحكام والمعنى في بعضها كذا ذكر في الشرح او نقول انما لا يرتد ابراء المحتال عليه برده لما فيه من الضرر
بالمحيل لان الدين يسقط عنه بهذا الابراء مطلقا او يتقرر براءته بعد ما كان على شرف العود اليه
بالتوى فكان في ذلك ابراء المحيل معنى فلا يرتد برد المحتال عليه ولا برد المحيل ايضا
لانه ابراء للمحال ايضا واما الجبر على القبول فجوابه مذكور في الكتاب بقوله وانما يجبر

كالبه

بيع

على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة بالتوى فلم يكن متبرعا وتقرير ظاهر واما
التوكيل بقبض الدين فانما يبطل من قبل ان الوكيل من يعمل للغير والمحيل يعمل لنفسه لانه يسعى بالقبض
في تقرير براءته عن الدين بحيث لا يعود اليه بالتوى والتقرير حكم الاثبات ابتداء فلا يصح توكيله به على
ان المحيل يحتاج الى اداء الدين بنفسه قطعا لرجوع المحتال عليه بعد الاداء عليه **قوله** وهذه
حوالة الوارث جمع غرس وهو اصل النبت في العراق غراس بالكسر بال وبالبث ذمه من غرس بالملاب
فريا نحو سر دفار رحم رويست بروري حسن باشد والله اعلم بالصواب **قوله** وكان عليا على
المحيل مثل الدين وهل يؤمر بتسليمه الى المحتال عليه او يبطل من البينة على ما يدعي من الدين على المحتال
عليه اذا كان له بينة حاضرة في المصر وقياس ما مر في باب العيب ان المشترى اذا ادعى عيبا
في المبيع لم يجبر على اداء الثمن اذا قال شهودي في المصر صونا للقضاء عن البطلان اذ لو امر باداء الثمن
ثم اذا قام البينة على العيب وفسخ البيع يؤمر البائع برد ما اخذ من المشترى فيبطل قضاؤه
بتسليم الثمن فيوخر صونا للقضاء عن البطلان يقتضي ان لا يؤمر المحيل باداء مثل الثمن الى المحتال عليه اذا قال شهودي
حضور صونا للقضاء عن البطلان **قوله** وهو ينكر والقول للمنكر فان قلت كما ان المحتال عليه
ينكر الدين فالمحيل ايضا ينكر حق الرجوع بدعوى الدين فما بالهم اعتبروا انكار المحتال عليه
الدين ولم يعتبروا انكار المحيل حق الرجوع اجيب بان القول انما يكون للمنكر لشهادة الظاهر له و
الحديث اعني قوله عليه السلام واليمين على من انكر معلول بشهادة الظاهر والتقدير والله واليمين على من
يشهد له الظاهر والظاهر هنا شاهد للمحتال عليه اذ الاصل فراغ الذمة عن الدين دون المحيل
اذ الظاهر فيما اذا تحقق سبب الرجوع هو ثبوت حق الرجوع لا عدمه **قوله** الا ان يتوى في التراخ
توى بالقصر بكسر عين الماضي وفتح عين المضارع **قوله** ولفظ الحوالة مستعمل في الوكالة فان قلت
الحوالة نقل الدين من ذمة فالمحتال يدعي الحوالة على حقيقتها والمحيل يدعي المجاز وهو نقل
التصرف ويكن الحقيقة كذلك الاصل فيه فينبغي ان يكون القول للمحتال كذلك في اي شيء قلت
كما ان الاصل في الكلام الحقيقة كذلك الاصل في الذمة البراءة فتعارض الاصلان فجعلنا القول
للمنكر وهو المحيل لانه ينكر الدين والمحتال يدعيه واما انكاره المجاز فليس بمقصود بل مقصوده دعوى
الدين او نقول الحقيقة اصل ولكن يعني ان الاصل اذا دار بين الحقيقة والمجاز فالحمل على
الحقيقة اولى اما اذا وقع النزاع في صدور الكلام على وجه لا يحتمل الا الحقيقة او على وجه لا يحتمل الا المجاز
الا الحقيقة بل كلا الاحتمالين سواء وههنا وقع النزاع هكذا فالمحتال يقول احلتني بدين لي عليك اي قلت
احلت بدين لك علي وقال المحيل بل احلتك لتقبضه لي وقلت احلتك على فلان لتقبض لي ديني فلان صحيح
يقول والمحتال على قول المحيل ولكن اعتبرنا قول المحيل لتمسكه بالاصل وهو البراءة والمحتال يدعي عليه
الدين فلا بد من الحجة او نقول المحتال ان كان يتمسك بالاصل وهو الحقيقة
فتمسك بغير مقصود والمقصود دعوى الدين وهو في ذلك ليس بمتمسك اما المحيل

والاصل في الكلام الحقيقة

فلا نم ان الاصل ح ان يحمل على صدوره على وجه لا يحتمل
عام

فتمسك بالاصل وهو براة ذمته مقصودة كان معتبراً **قوله** وان كان اسوة
للغرما بعد موت المحيل وانما كان اسوة للغرما مع كونه اخص به من المحيل لان العين
الذى فى يد المحتال عليه للمحيل او الدين الذى له على المحتال عليه لم يصر مملوكا للمحتال له
بعقد الحوالة لا يداً ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك وانما وضعت للنقل واما المرتهن
فانه مملوك المرهون يداً وحبساً فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعاً لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره
ان يشاركه فيه كذا فى الشرح

كتاب القضاء

والفاسق اهل للقضاء فان قلت
قد صرح المصنف فى باب التحكيم بان الفاسق ليس باهل للقضاء حيث قال ولا يجوز تحكيم الكافر
والعبد والمحدود فى القذف والفاسق والصبى لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة قلت جوابه
سياتيك ان شاء الله تعالى **قوله** لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها فان قلت هذا
رضى بقضائه بشرط العدالة ظاهر اذ الراضى بشرط لا يكون راضيا بدونه فاما اذا قلد عادلا ولم يشترط
عدالته فيجب ان لا ينعزل بالفسق لاحتمال ان يكون التقليد لاعانة العدالة فلا ينعزل بالشك
اجيب بان المتعارف كالشروط الا يرى انه لو اشترى عبدا ثم ظهر فيه عيب كان له الرد اذ المتعارف
انما هو شرى السليم دون المعيب فصار السلامة عن العيب شرطا وان لم يشترط فكذا هنا المتعارف
هو تقليد العادل فيكون العدالة شرطا بحكم العرف وان لم ينص عليه والتزم الرضى بشرط لا يكون راضيا
دونه نعم لقائل ان يقول الاظهر بان الفسق بمنزلة حدوث العيب وان حدث
عيب عند المشترى لا يكون له الرد وان كان قد اشتراه بشرط السلامة اذ الشرط هو السلامة عند التسليم الى
لا فى جميع الاوقات المستقبلة فكذا هنا لو كانت العدالة شرطا بحكم التعارف فغاية الامر ان يكون الشرط
هو العدالة وقت التقليد لا فى جميع ايام قضائه حتى لو ظهر فسقه وقت التقليد ينعزل اما لو حدث الفسق
بعد التقليد فيجب ان لا يكون ذلك موجبا لانعزاله كالعيب الحادث ولو سلم ان الحادث كالقائم ففوات
الرضا هنا بالفاسق لا يوقف على فواته بالمعيب ثم العيب لا يوجب الانفساخ بل يوجب ولاية الفسخ
فكذا هنا بالفسق يستحق العزل لا ان ينعزل **قوله** وينبغى للمقلد ان يختار من هو الاقدر لقوله عم
من قلد انسانا عملا وفى رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المؤمنين وقد يقال و
الحديث يقتضى ان لا يجوز تقليد المفضول مع وجود الفاضل والمدعى انه اولى واحسن والدليل لا يوافق
الدعوى **قوله** لقوله عم من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين كان شمس الائمة الحلوانى رحمه الله
يقول لا ينبغى لاحد ان يزدرى هذا اللفظ فقد حكى ان قاضيا روى له هذا الحديث فازدراه وقال
كيف يكون هذا ثم دعا فى مجلسه لمن يسوى شعره فجعل الحلاق يحلق بعض راسه من تحت ذقنه فاذا
عطس فاصابه الموسى والقى راسه بين يديه **قوله** وكذا اذا كان من مال القاضى لانه اخذه تدينا
لا تمولا وفى اى شىء فصار ركانه جعله وقفا فلا يرجع فيه وهذا قول ابى حنيفة رحمه الله مشكل لان
الوقف ليس بلازم عنده فكيف ما يجرى مجرى الوقف فالاولى ان يلحق بما هو خالص حق الله تعالى

كالمسجد فانه لازم عند ابى ح وانما لم يلزم الوقف عنده لبقاء حق العبد فيه على ما عرف **قوله**
ويجلس معه من كان يجلس معه قبل ذلك يشير الى انه انما لا يكره جلوس غير القاضى معه اذا كان له
عادة الجلوس معه قبل تقلد القضاء اما من لم تجر عادته بالجلوس معه قبله فيكره او التعليل بقوله لان
فى جلوسه وحده تهمة يشير الى انه لا يكره جلوس احد مع القاضى سواء كان يجلس معه قبل القضاء اولا
فكانه قيد بقوله من كان يجلس معه اتفاقا اذ الغالب انه لا يجلس معه الا من كان يجلس معه قبل ذلك
والله اعلم **قوله** وكذا اذا زاد المهدى اى لا يقبل هديته ايضا اذا زاد ظاهر الكلام يشير الى انه يرد الهدية
كلها لا قدر الزيادة فقط وذلك انه لما زاد صارت الزيادة قرينة على انه انما اهدى للقضاء اذ الظاهر
قوله ويدخل فى هذا الجواب قريبه والفرق بين قبول الهدية من القريب وقبول الدعوة الخاصة
منه على ظاهر الجواب ان الهدية انما تقبل من القريب بجرى العادة بها قبل القضاء واما الدعوة الخاصة فلست
بمعتادة لاجل الاقرباء فكانت لاجل القضاء فيتهم **قوله** لان الصحابة تقلدوه من معاوية رضى الله عنه
والحق كان بيد على رضى الله عنه فى نوبته جعل معاوية من الجابرة وذكر غيره انه لم يكن فاسقا لمخالفته عليا
وهى رتبته لانه فعل ما فعله بالاجتهاد لكون طريق الصواب بينا ووضوح الدلائل على حقيته
على رضى الله عنه منها ان النبى عم قال ان عمارا تقتله الفئة الباغية وقد صح انه كان من اصحاب على وقتله
اصحاب معاوية ومنها ان النبى عليه السلام الخلافة بعدى ثلثون سنة ثم يصير ملكا عضوضا و
قد استشهد على رضى الله عنه على راس ثلثين سنة وقال عليه السلام لعلى رضى الله عنه انك تقتل
الناكثين والقاسطين والمارقين يعنى اصحاب الجملة واصحاب معاوية والخوارج وقد صحت
الرواية ان عائشة رضى الله عنها ندمت على ما فعلت وكانت تبكى حتى تبل خمارها **قوله** وقال
الشافعى رضى الله عنه يكره الجلوس فى المساجد للقضاء اى فى مسجد الحرام وعندى اى اما فى الحرام فلانه لا
يجوز حضور الذمى فيه واما فى غيره فلرمة دخول الحائض فيه فقوله لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص
والحائض وهى ممنوعة من دخولها فيه لم تجويته دليل على كراهة الجلوس فى المسجد لان قوله لانه يحضره
المشرك دليل تام على كراهة الجلوس فى المسجد حتى يكون ذلك اشارة الى كراهة دخول الذمى فى
كل مسجد عند الشافعى رحمه الله فيخالف ما اشار اليه فى الكراهة من ان الشافعى رحمه الله يكره دخول
الكافر فى المسجد الحرام دون غيره حيث قال لا بأس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعى
رحمه الله يكره ذلك وقال مالك يكره ذلك فى الكافر ولا بأس ان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وساير
المساجد وقال مالك يكره فى كل مسجد وقال الشافعى فى الجيب المسجد الحرام وفى المدارك وعند الشافعى رحمه الله
يمنعون من المسجد الحرام خاصة **قوله** ويعود المريض هذا اذا لم يكن من المتخاصمين اما اذا كان
فلا ينبغى ان يعود لانه يؤدى الى ايذاء الخصم الآخر والتهمة **قوله** قال عم للمسلم على المسلم
ستة حقوق ان ترك شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه ان يجيب واذا مرض ان يعوده

واذا مات ان يحضر جنازته واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته
قوله ولا يضيف احد الخصمين فيه اشارة الى انه لو اضافهما جميعا فلا باس به وهو صحيح في المبسوط
قوله واذا حضر استوى بينهما في الجلوس وفي النوازل رجل خاصم السلطان الى القاضي فجلس
السلطان مع القاضي في مجلسه وجلس الآخر على الارض ينبغي للقاضي ان يقوم من مقامه ويجلس
خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما حتى يكون منصفا لا احدهما وهذه المسئلة د
دليل على ان القاضي اذا وقعت له او عليه حادثة لا باس ان يحكم فيه خليفته وعلى ان القاضي يصلح قاضيا
على السلطان الذي قلده قوله واستحسنه ابو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة تاخير دليل
ابو يوسف رحمه الله عن دليلهما وتسميته استحسانا كل ذلك دليل على انه المختار عند المصنف قوله
ابو يوسف رحمه الله والله اعلم فصل في الحبس قوله وكان والدي يقول حكي عن الشيخ
وهذا اذا ثبت الحق باقراره الى اخره لا ما اذا ثبت بالبينة حبسه وذكر في الفوائد الظهيرية وكان والدي يقول
حكي عن الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي انه يقول اذا ظهر الدين بالبينة لا يحبس اول مرة وان ظهر بالاقرار
يحبس فكان عكس مسئلة الكتاب ووجهه ان الدين متى ثبت بالبينة كان له ان يعتذر
فيقول ما كنت علمت ان له علي دينا فاذا علمت فالآن اقضيه ولا اتوانى في قضائه ولا يكفيه مثل هذا
الاعتذار في فصل الاقرار كذا في الشرح والجواب ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو كان
الدين ثابتا بالمعاينة لكان لا يقبل قوله ما كنت علمت بالدين الى آخره فكذا اذا ثبت بالبينة اما في فصل
الاقرار فاعتذاره بما ذكر في الكتاب اعتذار صحيح فكان الحكم كما هو المذكور في الكتاب اصح من
المحكي عن شمس الائمة ثم انما لا يحبسه القاضي متى ثبت الدين عنده باقراره اذا لم يسبق منه جحود اما لو كان
جحد قبل الاقرار فلما قدم الى القاضي اقر يحبسه القاضي لانه ظهر ظلمه عند القاضي قالوا وهذا تاويل
مسئلة الكتاب قوله فاذا امتنع حبسه يعني واذا ادعى الفقر وادعى خصمه اليسار اما اذا
اتفقا على فقره لا يحبسه لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وان اتفقا على الغنا حبسه
ايضا لظهور مطله قوله ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير اعلم انه اذا ثبت الدين فقال
المدعي هو موسر وقال المطلوب انا معسر فقد قيل القول قول المديون وقيل كل دين اصله مال
كثمن المبايعات فالقول فيه للمدعي والا فللمدعى عليه وقيل ما لزمه بمعاقدته فالقول فيه للمدعي
وما لزمه حكما بمباشرة العقد فالقول فيه للمديون وقيل ان كان عليه زي الفقر فالقول له وان
كان زي الاغنياء فالقول للمدعي الا في اهل العلم والاشراف فانهم يتكلفون لباسهم مع
حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجوههم فلا يكون دليل اليسار قوله ولا يحول بينه وبين غرمائه
ويقال ينبغي ان يحول لانه استحق النظرة الى الميسرة بالنص قال الله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة
الى ميسرة ولو ثبت التاجيل من الدين يحال بينهما فكذا اذا ثبت من الشرع
قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي قال

القاضي

[illegible]

ان في القياس مانع جواز العمل به لان كتابه لا يكون اقوى من عبارته لو حضر في مجلس القاضي المكتوب
اليه ولان الكتابة قد تزور وتفتعل والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم فكان محتملا والمحتمل لا يصلح
حجة للقضاء ولكن جوزنا العمل به فيما يثبت مع الشبهات بحديث علي رضي الله تعالى عنه انه يجوز ذلك
لحاجة الناس وفيه نظر اما اولا فلان عبارته في مجلس قاض آخر خطاب في غير محله وهو غير مقبول لانه
في غير محله ملحق بواحد من الرعايا والكتاب اليه خطاب في محله اذ الكتاب من الغائب كالخطاب
من الحاضر وخطابه في محله لكمال ديانته ووفور ولايته مقبول فلا يلزم من عدم قبول عبارته في مجلس
قاض آخر وهو خطاب في غير محله عدم قبول كتابته وهو خطاب في محله واما ثانيا فلانهم شرطوا
لقبول الكتابة شهادة رجلين او رجل وامراتان وكذا اشترطوا علمهم بما في الكتاب عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وبذلك تزول شبهة التزوير والافتعال والجواب اما عن الاول
فلان ما ذكر ان يصلح وجها للقياس جليا ظاهر الصحة وباطن الفساد كما قالوا فيمن تلا اية السجدة
في صلوته ان في القياس يجزيه الركوع لان النص قد ورد به قال الله تعالى وخر راكعا
اي ساجدا وفي الاستحسان لا يجزيه لان الشرع امر بالسجود فلا يتادى بغيره كسجود
الصلوة ولا يخفى ان ما ذكر هنا من وجه القياس ليس بادنى مما ذكروا في وجه القياس في مسئلة
التلاوة فيصلح وجها للقياس جليا ظاهر صحته وخفي فساده وما ذكرت فهو وجه الاستحسان
ظاهر واما عن الثاني فلان ما يحتمل الاشتباه في نفسه لا تزول الاشتباه عنه بالشهادة بل
يقبل لجواز ان يظن الشاهد غير المشهود به مشهودا به للاشتباه وعدم التمييز ولا خفاء
ان الكتاب يشبه الكتاب فربما يظن الشاهد غير كتاب القاضي كتابه لكونه مثله فيشهد
بذلك على ظنه فلا يخلو عن شبهة زائدة يخلو عنها جنس الحجج فينبغي ان لا يجوز بمثله لكن جوزناه
بالنص قوله فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة المراد بالخصم هنا وكيل الغائب
والمسخر الذي اجعل وكيلا لاجل اثبات الحق عليه وان لم يكن وكيلا في الحقيقة اذ لو كان المراد
بالخصم المدعى عليه نفسه لما احتيج الى كتاب القاضي لقدرته على الخصم فلا حاجة في تنفيذه لان حكم القاضي د
الى قضاء قاض آخر ولو لم يكن خصما اصلا لا المدعى عليه ولا نائبه وقد حكم القاضي بالشهادة
كان قضاء على الغائب وهو لا يجوز عندنا فعلم ان المراد من الخصم وكيل المدعى عليه
ليصح حكم القاضي عليه كذا في الشرح قلت جاز ان يراد بالخصم هو المدعى عليه بنفسه اي الخصم
اذا كان حاضرا والمدعى عليه غائبا وهو بحال يكون الحكم عليه بدون الاشارة اليه جاز الحكم
بالشهادة ويكتب كتابا الى القاضي هكذا ذكر في بعض الحواشي ذكر في الذخيرة وبخاري ادعى دارا على
سمرقندي عند قاضي بخارى ان الدار التي هي في يد هذا السمرقندي في محلة كذا حدودها كذا ملكي
وحقي وفي يد هذا بغير حق واقام على ذلك بينة فالقاضي يقضي بالدار للمدعي ويصح قضاؤه لان المقضي
له والمقضي عليه في ولايته ويكتب الى قاضي سمرقند لاجل التسليم هذا لفظه ذكره في اي شبهة

فلان فائدة الكتاب ح هو الاعانة بامر المدعى عليه بالتسليم ثم لو كان المراد به هو المسخر الذي
جعل وكيلا فلا يخلو اما ان كان حكم القاضي عليه تاما كالحكم على المدعى عليه بنفسه
بحيث لا يحتاج القاضي المكتوب اليه ثانيا الى الحكم او لم يكن كذلك فان كان الحكم تاما لم يكن
في الكتاب فائدة سوى ان يعين المكتوب اليه المدعي بان يامر المدعى عليه ويأمره بالتسليم ولا
المسخر والذي لم يكن الحكم عليه تاما بل يحتاج المكتوب اليه الى الحكم ثانيا فلا حاجة حينئذ الى امثال
هذا الحكم وكتابته الى قاض آخر ويكفيه ان يكتب بالشهادة مخبيه على انه ذكر في الذخيرة اذا نصب
القاضي مسخرا على الغائب لا يجوز حكمه وتنفيذ للمسخر الا ينصب القاضي وكيلا عن الغائب
لسماع الخصومة عليه نعم وجعم بعضهم الا في مسئلة المسخر روايتين ولكن لا اختلاف في قوله
وان شهدوا على خصم حكم بالشهادة وكتب بحكمه فلا يصح ان يحمل على المسخر والا وجب ان يكون فيه
روايتان كما في مسئلة المسخر والامر بخلافه الا ان يكون المعنى ان المراد بالخصم وكيل المدعى عليه
عند من لا يجوز التسخير او المسخر عند من يجوزه فان قلت اذا كان المدعى عليه بنفسه حاضرا امكن
القاضي ان يحكم عليه ويأمر بالتسليم ايضا فلا يحتاج الى ان يكتب الى قاض آخر لا للحكم ولا للامر بالتسليم
وما شرع الكتابة الا للحاجة فلا يشرع فيما لا حاجة اليه بخلاف ما اذا كان الحاضر وكيل
المدعى عليه او المسخر لتعذر الامر بالتسليم لانهما لا يملكان التسليم فيحتاج الى الكتابة لتنفيذ الامر
بالتسليم اجيب بانه وان لم يكن للقاضي الحكم على المدعى عليه نفسه الا ان يأمره بالتسليم فلا امن ان ينكر
المدعى عليه التسليم بانكار المدعى عليه فيحتاج الى اثبات القضاء عند قاضي تلك البلدة ليأمر
ه بالتسليم وعند الكتابة الى ذلك القاضي يتبع الامر عنه وكذا الامر بالتسليم لا ينقطع احتمال
المماطلة واذا ذهب الى بلدة فكتب الى القاضي ليأمره بالتسليم عند مماطلته ايضا فيكون فائدة
الكتابة قطع احتمال المماطلة وانه فائدة صحيحة داعية الى شرع الكتاب على ان المدعى عليه
انما يسلم المدعى اذا كان في بلد آخر اذا ذهب الى تلك البلدة وانه اذا ذهب اليه يكن بعيدا عنه ولا
القاضي الكاتب فلا يبقى لامره بالتسليم عبرة فلا بد من امر قاضي تلك البلدة ليفيد والله اعلم قوله
يندرج تحته النكاح فان قيل الاشارة في النكاح شرط وكتاب القاضي فيما يحتاج الى الاشارة
لا يجوز قيل الاشارة الى الخصم شرط وهو الرجل او المرأة وهو ليس بمدعى وانما المدعى شيء آخر فصار النكاح
نظير الدين فان الدين في الذمة والاشارة الى الغريم شرط ومع هذا جاز كتاب القاضي اليه كذا في
الشرح قوله للحاجة الى الاشارة وقد يشكل بانه كما شرط الاشارة الى المدعى في الشهادة يشترط
الى المدعي والمدعى عليه ايضا ثم الاشارة الى المدعى لم يسقط اذا استشهدوا عند القاضي
مع غيبة المدعى عليه لينقل القاضي الشهادة الى قاض آخر بالكتابة فكذا ينبغي
ان يسقط الاشارة الى المنقولات ايضا والا فلا فرق وكما يتعذر الجمع بين
الشهود والخصم ربما يتعذر الجمع بين الشهود والمنقول ايضا

ولا يخفى عليك ان في الغالب تحصيل الوارث ٣ الخصم المدعى عليه نفسه ايضا فلا حاجة الى الارتكاب المسخر والله اعلم

بان كان في بلد آخر قوله لان الالزام فيه بالشهادة لا بالتزكية لما سيأتيك من قوله وان
رجع المزكون عن التزكية ضمنوا عند ابي ح لان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل فيها
الا بالتزكية فصارت في معنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض هذه الفاظ الكتاب
وهذا تصريح بان التزكية ملزمة للقاضي على القاضي كما ذكر ههنا من نفي الالزام عن التزكية قوله
ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه ويعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم فان قيل الشرط
هو العلم بالمشهود به اما العلم بغيره فليس بشرط لقبول الشهادة وههنا المشهود به هو ان هذا
الكتاب من القاضي فلان في بلد كذا او هذا القدر معلوم الشهادة بدون ان يقرأ عليهم الكتاب
او يعلمهم بما فيه واما في الكتاب فليس بمشهود به فينبغي ان لا يشترط العلم به كما هو مذهب ابي يوسف
رحمه الله اجيب بان القاضي انما يقبل الشهادة اذا علم بشهادتهم ان هذا الكتاب قاضي فلان
نقل الى من عنده والعلم بهذا لا يحصل الا ببيانهم ما في الكتاب اذ لو لم يثبتوا ما فيه يمكن في شهادتهم
شبهة من حيث ان عدم العلم بما في الكتاب دليل على انهم لم ينقلوا من قاضي فلان بل وجدنا ملقى في الطريق
بهذا الختم والعنوان واخبروا عندك بذلك اذ العادة جارية بنقل ما في الكتاب اذا لم يقصد فيه
الاخفاء فاذا لم يبينوا ما فيه يتمكن في شهادتهم شبهة منافية لحصول العلم بما شهدوا به والشهادة
ترد بالشبهة بمعنى قوله لا شهادة الا بعلم الشهود بالمشهود به وجهل الشهود بما في الكتاب
دليل على عدم علمهم بانه كتاب قاضي فلان وانما اخبروا بالظن والوهم لا بالعلم فلا تقبل شهادتهم او معناه
لا قبول شهادة الا بعلم القاضي الحق بشهادتهم وجهل الشهود بما فيه ينافي لحصول علم القاضي بما شهدوا به
على ما بينا قوله ولانه يشبههما اي الحدود والقصاص على الاسقاط وفي قبولهما اي قبول الكتابة والشهادة
على الشهادة معنى في اثباتهما وهذا مشكل لما سيأتيك في آخر الهداية ان القصاص يثبت مع الشبهة
حيث قال لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى انهم قالوا في الفرق بين الحدود والقصاص من حيث ان الحد لا
يجب باشارة الاخرس والقصاص يجب ان الحد لو شهدوا بالوطء الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا
بالقتل المطلق يجب القصاص وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية فجاز ان يثبت مع الشبهات كسائر
المعاوضات التي هي في حق العبد اما الحقوق الخالصة لله تعالى ليس فيها معنى العوضية فلا يثبت مع
الشبهات هذا لفظه فلو كان مبنى القصاص على الاسقاط لزم ان لا يثبت ببيان فيه شبهة
وجواب هذا الاشكال سنذكر في باب الشهادة على الشهادة ان شاء الله تعالى قوله لانه
على شرف الفوات لتوقفه جعل خوف الفوات في الجمعة عذرا في صحة الاستخلاف ولم يجعل عذرا
في جواز التيمم حتى لا يجوز التيمم بخوف فوت الجمعة وعلله المصنف رحمه الله فيما مر انها تفوت الى خلف
وهو الظهر بخلاف صلوة العيد فانها تفوت لا الى خلف حيث لا قضاء لها فيجوز التيمم عند خوف فوتها وانه
منه اشارة الى ان خوف فوت الصلوة الموقتة اذا كان لها خلف ليس بعذر في الشرع والجمعة تفوت الى الظهر فيجب ان
لا يجعل عذرا في صحة الاستخلاف اما التوقف فيحتاج الى مزيد تامل وايضا كونها موقتة ربما ينافي فواتها فيجوز الاداء بالـ الخليفة

كما لم يجعل ذلك عذرا في صحة ادائها بالتيمم او جعل
عذرا في صحة الاداء بالتيمم عند خوف فوتها اذا
اشتغل بالوضوء او بالغسل كي جعل ذلك عذرا
في صحة الاستخلاف تم

تمكنت

بتعليم

دة

في الفرق بين الحدود والقصاص من حيث ان الحد لا يجب باشارة الاخرس والقصاص يجب لان الحد لا يثبت

وان لم يتحقق الخوف بالفعل فالخوف اذا تحقق بالفعل اولى ان يجوز الاداء بالتيمم الذي هو خلف عن الوضوء
الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع فانحلت لو قضى القاضي ببيع ام الولد نفذ قضاؤه عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وقد مرت المسئلة في البيع الفاسد مع انه مخالف للسنة المشهورة والاجماع
قال عليه السلام اعتقها ولدها وقد انعقد الاجماع في القرن الثاني على عدم جواز بيعهن اجيب
بانه قد ثبت من مذهب ابي حنيفة رحمه الله ان اجماع المتأخرين لا يرفع الاختلاف المتقدم
وجواز بيعهن كان مختلفا فيما بينهم ثم انعقد الاجماع على عدم جواز بيعها فلا يخرج بهذا الا
الاجماع عن كونها مجتهدا فيه فاذا قضى القاضي بجواز ان يبيعها نفذ قضاؤه لانه لاقى فصلا مجتهدا فيه
واما قوله عم اعتقها ولدها فهو وان كان مشهورا ولكنه متروك الظاهر لانعقاد الاجماع على
انها لا تعتق للحال فلا يكون الحكم بخلافه باطلا قوله وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء
فقضى به قاض ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه وانما ذكر لفظ الجامع لان فيه فائدتين احدهما
انه قيد فيه بالفقهاء لان القاضي اذا كان غير عالم بموضع الاجتهاد فلا ينفذ قضاؤه بموضع الاجتهاد
على قول العامة لا يجب على الثاني تنفيذه والثانية انه قيد فيه بقوله يرى غير ذلك وفي رواية
القدوري لم يتعرض لذلك وكان يحتمل ان يحمل قوله امضاه فيما اذا كان راى القاضي الثاني موافقا لحكم
الاول اما اذا كان مخالفا فلا يمضيه فبانت رواية الجامع ان ذلك الامضاء عام كذا في الشرح وليت
شعري ما وجه دلالة قوله ما اختلف فيه الفقهاء فقضى به قاض الى آخره على اشتراط كونه عالما بموضع
الاجتهاد وكيف وانه اذا قضى في موضع الاجتهاد وهو غير عالم بكونه مجتهدا فيه جاز ان يقال انه قضى فيما اختلف
فيه الفقهاء الا ان يقال القاضي قوله فقضى يدل عليه لانه للترتيب فيدل على ان يكون القاضي مرتبا على اختلاف
الفقهاء وان يكون مرتبا عليه الا اذا كان عالما بالاختلاف وانه موضع الاجتهاد قوله لا يعتبر
مخالفة البعض الظاهر ان المصنف رحمه الله اختار قول بعض الناس فان بعضهم لا يشترط اتفاق
الكل بل يعتبر اختلاف الواحد لا يعتبر ولا اختلاف الاقل لان الجماعة احق بالاصابة واولى
بالحجة قال النبي صلى الله عليه وسلم بالسواد الاعظم قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول هنا وجوه من
الاحتمالات الاول ان الاختلاف المانع لاحداث قول ثالث في عصر آخر بعد الاختلاف في القرن الاول وهو
قرن الصحابة فانهم اذا اختلفوا على قولين او اقوال كان اجماعا منهم على ان ما وراءه باطل ولا يجوز لغيرهم
احداث قول آخر وهذا مختص بالصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ولكن الصحيح ان اختلاف العلماء
في كل عصر اجماعا على ان ما وراءه باطل وليس لغيرهم احداث قول على خلاف اقوالهم وما ذكر من اختصاص
الحكم بالصحابة فذلك قول غير صحيح وايضا الصدر الاول مطلق للقرون الثلاثة التي شهد والنبي عم
بالخيرية فلما استعمل في الاول فحسب وايضا حمل على هذا المعنى مع كونه بعيد الاوجه له معنا
ولا يرتبط بالمقام اصلا يعرف بالتامل والثاني ان قوله والمعتبر الاختلاف مقدمة ثانية مقدمة
اي لانه لا ينفي لغة البعض في انعقاد الاجماع لان ذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف اي في عدم

انه قال

القياس يجزيه الركوع لان النص قد ورد به قال الله تعالى وخر راكعا اي ساجدا وفي الاستحسان لا يجزيه لان الشرع
امر بالسجود فلا يتادى بغيره كسجدة الصلوة ولكن اما ذكر هنا من وجه القياس ليس باوفى مما ذكروا في
وجه القياس في مسئلة التلاوة فيصلح وجها للقياس جلي ظهر صحته وخفي فساده وما ذكرت فهو وجه
الاستحسان فلا يرد لا الاجماع ولا يأباه قوله في الصدر الاول الا ان يجعل قيدا اتفاقيا والثالث ان يراد
بالصدر الاول هو العصر الاول يعني المعتبر في عدم انعقاد الاجماع هو الاختلاف دون الخلاف ولكن المعتبر
هو الاختلاف في العصر الاول الذي وقع الاتفاق فيه دون العصر الثاني حتى لو اتفق علماء عصر على حكم
حادثة وانقرض عصرهم حتى جاء عصر آخر واتفق اهله على خلافه لا يعتبر هذا الاختلاف لوقوعه في عصرين
فكان ثابتا في الاجماع لا في انعقاده في العصر الاول ولا في بقائه وهذا بناء على ان الاجماع لا ينسخ باجماع
آخر ولا يعتبر الاجماع الثاني قوله ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة وقد يقال
بل المقصود الاصلي من العمل بها هو اثبات الحق اذ البينات وضعت للاثبات حتى ترجح البينة المثبتة
للزيادة ولو كان المقصود الاصلي من البينة هو الاثبات لزم ان لا يصح القضاء على الغائب لامكان
اثبات الحق عليه واحتمال كونه مقرا لا ينافي اثباته بالبينة اذا الثابت بالاقرار قاصر والثابت
بالبينة متعد فيعتبر العمل بالبينة مع الاقرار ايضا قوله فيشتبه وجه القضاء
اذ احكامهما مختلفة وقد يقال حكم الاقرار الثبوت في حق المقر وحكم البينة الثبوت في حق الكل
بل هو ساكت عنه فجاز ان يثبت بدليل آخر اذ انما يشتبه وجه القضاء اذا كان موجب احدهما منافيا
لموجب الآخر ويتعذر ما يقتضي اثبات موجبهما وليس الامر كذلك والله اعلم بالصواب وجوابه ان البينة لو قبلت
مع الاقرار فاما ان يثبت بها الحق في حق المقر وقد ثبت بالاقرار فلا يثبت بالبينة لان اثبات الثابت محال
او يثبت الحق بها في غيره وانه متعذر ايضا لان البينة لم يتوقف موجبه للحق في غير المدعى عليه
الا في ضمن ايجابه في حقه فيتعذر العمل بالبينة مع الاقرار فاذا لم يدر ان المدعى عليه مقرا ومنكر
اشتبه وجه القضاء بالضرورة والله اعلم بحقائق الاحوال قوله وقد يكون كلا بان كان
ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر اي بنفسه لا محالة قيدنا بقولنا بنفسه احترازا عما
اذا كان المدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر باعتبار البقاء لا بنفسه حيث لا يقضى بالبينة
حينئذ لا على الحاضر ولا على الغائب كمن اشترى جارية ثم ادعى ان البائع قد كان زوجها من فلان الغائب
وبرهن عليه يريد ردها فان القاضي لا يقبل هذه البينة لا على الحاضر ولا على الغائب لان النكاح
نفسه ليس بسبب لما يدعيه على الحاضر من غير اعتبار البقاء فان البائع لو زوجها ثم ان الزوج طلقها
لا يكون للمشتري الرد وانما السبب بقاء النكاح ولم يقم البينة على البقاء ولو قامت على البقاء
لا يقبل ايضا ولا يقضى بالرد لان البقاء تبع للابتداء واذا لم يكن ان يجعل خصما في اثبات البقاء
وكذلك المشتري شراء فاسدا اذا اقام البينة انه باع من فلان الغائب يريد به ابطال حق البائع
في الاسترداد لا يقبل لا في حق الغائب ولا في حق الحاضر لان نفس البيع ليس بسبب لابطال
حق الاسترداد ما لم يثبت البقاء لجواز انه باع ثم ان فسخ البيع بينهما فيعود حق البائع في الاسترداد

ولئن لم يكن ان يجعل خصما في اثبات البقاء وكذلك المشتري شراء فاسدا اذا اقام البينة انه باع من فلان
الغائب نفس البيع لا يكون خصما في اثبات البقاء لان البقاء تبع للابتداء وقيدنا بقولنا لا محالة
احترازا عما اذا قال لامرأة الغائب انه وكلني لئن احملك اليه فبرهنت على الطلقات الثلاث قبلت
بينتها في قصر يد الوكيل لا في اثبات الطلاق على الغائب لان ما يدعيه على الغائب وهو الطلاق ليس
بسبب لا محالة لان الطلاق لا يوجب قصر يد الوكيل لا محالة بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق
فكان سببا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه من حيث انه سبب ينقضي به في حق قصر يد الوكيل ومن حيث
انه ليس سبب لا ينقضي به في حق ازالة ملك الغائب عملا بهما هذا ما خفض من الذخيرة وبه عرج الجواب
عما اذا وكل رجلا ببيع عبده ودفع اليه ثم جاء لياخذ العبد فادعى الوكيل انه قد باعه من فلان وهو غائب وبرهن
لا تقبل وان كان ما يدعي على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر لانه سبب باعتبار البقاء لا بنفسه فانه لو انفسخ
البيع بين الوكيل ومشتريه يد يكون للموكل ولاية الاخذ وعما اذا وهب لرجل عبدا وسلم اليه ثم اراد
لئن يرجع فيرجع فبرهن الموهوب له انه باع من فلان الغائب لا تقبل هذه البينة وان كان ما يدعيه
على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر لانه سبب باعتبار البقاء لا بنفسه فانه لو انفسخ البيع بينهما كان له
الرجوع فلا بد من هذا القيد ليكون احترازا عن هاتين المسئلتين فان قلت ذكر في الكافي انه لو اراد المشتري
الرد بالعيب فاثبت البايع بالبينة بيعه من فلان الغائب يقبل منه عليه لانه خصم في اثباته لما تعلق به
من بطلان حق الرد ان ما يدعيه على الغائب من البيع منه سببا لما يدعيه على الحاضر من بطلان حق الرد باعتبار
البقاء لا بنفسه فانه لو انفسخ البيع بالقضاء كان له حق الرد اجيب بالمنع فانه ذكر في المحيط انه يقبل
بينة البايع على بيع المشتري من فلان الغائب وانما يقبل ان لو برهن على اقرار المشتري انه باع من فلان
لان في اثبات البيع من الغائب قضاء عليه من غير خصم حاضر عليه عنه وفي فصل الاقرار الخصم هو المشتري
وانه حاضر نعم يشكل بما اذا ادعى عينا في يد انسان انها له اشتراها من فلان الغائب وبرهن عليه
يقبل ويقضى على الحاضر والغائب جميعا مع ان شراءها من الغائب ليس بسبب لاستحقاق العين من يد ذي
اليد الا باعتبار حالة البقاء فان شراءه من الغائب لو انفسخ لم يكن له استحقاقها فلو اريد لزمه سببا بنفسه
لا باعتبار حالة البقاء لوجب ان لا يقضى بشرائه من الغائب في هذه المسئلة وليس كذلك وجوابه ان ما يدعيه
على الحاضر في هذه المسئلة ليس الا الملك لنفسه والشراء سبب الملك بنفسه لا باعتبار حالة البقاء بخلاف مسئلة
التزويج اذ المدعى على الحاضر هناك انما هو استحقاق الرد باستحقاق كونها ذات زوج والتزويج ان بعد
لا يوجب استحقاق الرد الا على اعتبار حالة البقاء اما الشراء فيوجب الملك بنفسه لا يحتاج في اثباته الملك
الى البقاء فافترقا نعم ما ذكر في الذخيرة من الحاق البقاء بالابتداء منظور فيه اذ البقاء ربما يخالف
الابتداء فان بيع الخمر ابتداء باطل ولو بيع عصير العنب فتخمر قبل القبض بقي البيع فتخير المشتري وكذا
لو تزوجت امرأة مكاتب ابيها بعد موته لم يجز ولو تزوجته في حق ابيها ثم مات بقي نكاحها فكذا هنا
جاز لئن لا يقبل البينة على لئن البايع قد زوجها من فلان الغائب لان النكاح نفسه ليس بسبب للرد
بل السبب هو النكاح بوصف البقاء ولكن تقبل البينة على بقاء النكاح لكونه على اعتبار البقاء سببا

للرد فالاولى لئن يقال انما لا يقبل البينة على ابقاء البينة وبقاء البيع لانه مما لا يحيط به علم الشاهد لاسترداد الزوج
بابطال النكاح والمتبايعين بفسخ البيع في كل زمان فيتيقن القاضي بانهما يشهدان على غير علم
فلا يقبل شهادتهما ثم قال بعض العلماء في التفصي عن هذه المسائل الواردة ان الحاضر انما
ينتصب خصما للغائب فيما اذا كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر اذا كان بين
الحاضر والغائب اتصال حتى يصير الحاضر بذلك الاتصال ممتازا من بين الناس فيجعل خصما
عن الغائب صيانة للحقوق اما اذا لم يكن بينهما اتصال فلا ولا اتصال بينهما في هذه المسئلة
فلا يجعل خصما حتى لو ادعى المشتري على البايع انه زوجها من فلان الغائب قبل ان اشتراها منه يقبل بينة
عليه لانه بالتزويج من الغائب يثبت اتصال بينهما وانما لا يقبل ان لو اقام بينة على ان لها
زوجا غائبا او ان بايع بايعه قد زوجها لكنه يشكل على هذا الوجه ما ذكرنا من المحيط انه لو اقام البايع
بينة على لئن المشتري قد باعها يريد ابطال حق الرد عليه بالعيب لا يقبل مع ظهور الاتصال بين
المشتري والمشترى منه اللهم الا لئن يمنع المسئلة على قول هذا القائل كما هو رواية الكافي نعم يشكل
بما لو ادعى عينا في يد رجل انه لو اشتراها من فلان الغائب وبرهن يقبل بينته وينتصب خصما
على الغائب لان ما يدعيه على الغائب سبب لما يدعيه على الحاضر مع انه لا اتصال بين ذي اليد والغائب
الا من حيث ان العين الذي ادعى شراها من الغائب في يده ولكن مثل هذا الاتصال موجود فيما
اذا اقام المشتري شراء فاسدا على بيعه من الغائب اذ المشتري الثاني متصل بالبايع من حيث ان العين
التي تعلق حق البايع به اشتراها ثم قد يجاب عما اذا اقام البينة لئن البايع قد زوجها من فلان الغائب
ان النكاح ليس بسبب لما يدعيه على الحاضر من استحقاق للرد عليه بل الواجب له التزام البايع تسليمها
سليمة عن العيب لكن عند ظهور العيب وهو النكاح شرط لا علة والحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب
اذا كان ما يدعى على الغائب سبب لما يدعيه على الحاضر اما اذا كان شرطا فلا واما عند من يقول كونه شرطا
او سببا سواء فالمسئلة عنده ممنوعة فقد حكي عن بعض المشايخ انه تقبل البينة على النكاح في هذه
المسئلة واما الجواب عما اذا اقام المشتري شراء فاسدا فالموهوب له او الوكيل على البايع البيع
من الغائب فيقول له الحاضر انما يجعل خصما عن الغائب في قبول البينة على الغائب اذا كان الحاضر
يصلح خصما فيما يدعى عليه وكان ما يدعى عليه مما يصح اثباته بالبينة وذلك لئن كون
الحاضر خصما عن الغائب فرع كونه خصما فيما يدعى عليه واثبات المدعى على الغائب بالبينة
فرع اثبات المدعى على الحاضر فاذا كان الحاضر لا يصلح خصما فيما يدعيه عليه ولا يصلح اثبات ما يدعى
عليه بالبينة لا يصلح خصما عن الغائب ايضا وفي هذه المسائل المطلوب من اقامة البينة
على البيع من الغائب هو اثبات بطلان حق الحاضر في الاسترداد والرجوع وبطلان حق الرجوع فيما لا
يقبل الشهادة عليه مقصودا لانه في الحقيقة شهادة على النفي لانه في المعنى دعوى عدم
بقاء الحق في الاسترداد والرجوع ومتى لم يكن اثبات هذا المدعى بالبينة لم يصح اثبات ما يدعيه

على الغايب ايضا لانه يتبع كيف وقد هذه البينة لكان الغايب اصلا في اقامتها ولا يصلح اقامة للبينة على الغايب
الا تبعا للحاضر وحيث لا يمكن اثبات المدعى على الحاضر بالبينة كان الحاضر تبعا في الاقامة والاثبات
والغايب مقصودا وذلك لا يجوز فبالضرورة امتنع قبول البينة في هذه المسائل والله اعلم بالصواب
وهذا يشكل بما اذا قامت المراة البينة على الوكيل بنقلها لنفسها ان الزوج الغايب طلقها قلنا حيث يقبل
في قصر يد الوكيل مع ان ما يدعيه على الحاضر وهو بطلان حق النقل مما لا يقبل البينة عليه لانه في الحقيقة
شهادة على النفي وذكر في الذخيرة في الفصل الثالث عشر من كتاب الكفالة ان الحاضر انما ينتصب خصما
عن الغائب اذا كان ما يدعي المدعي من سبب حقه وهو دعوى على الغايب من كل وجه لم يكن دعوى عليه بوجه
فالحاضر لا ينتصب خصما عن الغايب لعقدانه اذا كان ما يدعي من سبب حقه على الغايب دعوى على الغايب
امكنه الاثبات بانكار الغائب متى حضر فيمكنه الاثبات بانكار الحاضر القايم مقامه فاذا كان دعوى للغائب
من كل وجه لا يمكنه الاثبات على الغائب بانكاره متى حضر فلا يمكنه الاثبات بانكار الحاضر القايم مقامه مثال
الاول ادعى عينا في يد انسان انه اشتراه من فلان الغائب سبب لثبوت حقه على الحاضر وانه دعوى
على الغايب مثال الثاني اشترى عبدا شرا فاسدا فاسترد البايع فقال المشتري قد اقرت به لفلان الغايب
وانقطع حقك في الاسترداد وانكر البايع ذلك فاراد اقامة البينة على اقراره للغايب لا يقبل بينته
ولا ينتصب البايع خصما عن الغايب لان ما يدعيه من سبب الحق على الحاضر وهو الاقرار للغايب دعوى
للغايب من كل وجه ولهذا لا يمكنه اثباته على الغايب بالبينة متى حضر وانكر وعن هذا قلنا اذا كفل بامره
فغاب المكفول عنه فقال الكفيل انما هو ثمن خمر او بيع فاسد وقال الطالب بل في ثمن عبد فالقول الكفيل
لمدعي الجواز وان اقام البينة على ما ادعاه لا يقبل ولئن كان ما يدعيه من فساد العقد سببا لما يدعيه
على الحاضر وهي براءته من ضمان الكفالة لانه ليس بدعوى على الغايب بل هو دعوى له من كل وجه الا يرى انه
لو حضر المطلوب وانكر ان يكفل عليه من ثمن خمر بل من ثمن عبد لا يمكن للكفيل اثباته بالبينة عليه قوله
واما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر في جعله خصما عن الغايب وقد قال الفقيه الذي ذكروه في جعل الحاضر خصما
عن الغايب اذا كان ما يدعي على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر وهو ان المدعي لا يتوصل الى اثبات الحق على
الحاضر الا باثباته على الغايب وهذا في الشرط ايضا لانه كما يحتاج الى اثبات السبب على الغائب يحتاج
الى اثبات الشرط ايضا وعن هذا لم يفرق البعض بين الشرط والسبب باب التحكيم قوله ورضا
بحكمه الظاهر انه حال بحذف قد اي حكم بينهما والحال انهما على ذلك التحكيم لم يرجعا عنه جاز وجعله
عطفا على حكم ضعيف لمكان الالتباس بالعطف على القريب قوله لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فان قلت
لما كان المحكم كالقاضي فمن اين وقع الفرق بينهما في حق التعليق والاضافة على قول ابي يوسف رحمه الله حتى
لا يصح تعليق التحكيم بالاخطار ولا اضافته الى المستقبل على قوله خلافا لمحمد رح بخلاف القضاء فانه يجوز
تعليقه واضافته بالاتفاق قلت ان التحكيم صلح معنى لانه لا يثبت الا بتراضي الخصمين والمقصود
منه قطع المنازعة فلا يصح معلقا ومضافا كسائر المصالحات بخلاف القضاء

والاجارة

والاجارة لانه تفويض وتولية معنى ليس فيهما معنى الصلح اذ بالتحكيم تفويض له الحكم ما كان يملكه فيصح تعليقه من
ذلك الوجه ولا يصح من جهة انه صلح فلا يصح بالشك كذا في الشرح ويشكل على هذا صحة تعليق الكفالة
بالشرط واضافته الى المستقبل باعتبار شبه النذر على ما مر ولم يقل هناك ان تعليقه واضافته
يصح من حيث انه يشبه النذر ولا يصح من حيث انه يشبه البيع فلا يصح بالشك بل عومل فيهما
بالجهتين جميعا فليعمل بهما في التحكيم فيستويان في شمول الوجود او لا يعمل بهما في الكفالة
كما لم يعمل بهما في التحكيم فيستويان في العدم قوله لانعدام اهلية القضاء شهوده
اعتبارا باهلية الشهادة وهذا مشكل في الفاسق لما مر انه اهل القضاء في ظاهر المذهب
وعليه مشايخنا ولو حمل قوله لانعدام اهلية القضاء على ما روي عن علمائنا
الثلثة في النوادر انه لا يجوز قضاء الفاسق لكان صحيحا ولكن يشكل قوله
اعتبارا باهلية الشهادة الا ان اختلاف الروايات في كون الفاسق اهلا للشهادة ايضا
ويصح ان يقال قوله لانعدام اهلية القضاء تعليل لعدم جواز تحكيم
من هو سوى الفاسق اما امتناع تحكيمه فمبني على الرواية التي لا تجوز قضاءه فما هو الا دليل
على عدم جواز قضائه فهو دليل على عدم جواز تحكيمه ايضا قوله لا يجوز التحكيم
في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة
والاستباحة برضاهما توضيحه ان حكم الحاكم كالصلح فما يجوز استيفاؤه بالصلح
يجوز تحكيمه وما لا فلا والحدود والقصاص لا يستوفى بالصلح لانه يتضمن اباحة الدم
واستباحته برضاهما وهو لا يجوز فلا يجوز التحكيم الذي في معنى الصلح فلا يرد
الاقرار بالحدود والقصاص لان الاقرار ليس باباحة بل هو بيان انه مستحق
عليه حقا للشرع والعقد سبب موجب لذلك قوله لانه لا ولاية
لهما على دمهما فان قلت فكيف يصح الاقرار بالحدود والقصاص قلت بان
التحكيم صلح معنى لا بناء على المراضاة والصلح ببدل النفس لا يجوز بخلاف الاقرار
اذ الموجب هناك هو حكم القاضي فانه ليس من قبل المقر بل هو نافذ عليه سواء
اوافق فلا يكون من باب البذل والاباحة قوله في سائر المجتهدات ليس للاحتراز
عن المسعدات بل يثبت الحكم في المتفقات ايضا بالطريق الاولى قوله ويقال يحتاج
الى حكم المولى قطعا لتجاسر العوام وقد يقال السكوت عن الفتوى ان كان يصح لزعم
تجاسر العوام فلفظ الفتوى بخلاف حكم الشرع فلا يجوز لذلك وقولنا يحتاج الى حكم
المولى فتوى بخلاف حكم الشرع لان التحكيم لما كان جائزا لم يكن حكم المولى محتاجا اليه
اذ لا معنى للاحتياج الى حكم المولى سوى عدم جواز حكم الحاكم وانه خلاف حكم الشرع
وجوابه ان حكم المولى لو لم يكن محتاجا لنفاذ الحكم وجوازه فهو محتاج اليه ليكون الحكم [illegible]

البعض اذا دفع الى الموكل ولم يوافعه وانه بخلاف حكم الموكل وانه مبرم ولا يجوز نقضه لاحد فيقال محتاج
الى حكم الموكل ويراد الاحتياج للابرام مع الاتمام الى عدم الجواز قوله وان اخبر بالحكم لا يقبل
قوله لانقضاء الولاية وهذا بظاهر يخالف ما ذكر في الذخيرة حيث قال اذا قال الحكم
قامت لفلان بينة عندي على فلان بكذا فقضيت له فانكر فلان البينة والقضاء فان قضاءه ماض
عليه لان الحكم بمنزلة الموكل والموكل اذ قال هكذا قوله حجة فكذا قول الحكم فان قيل الحكم قد خرج
عن الحكومة حين اخبر انه قضى عليه فينبغي ان لا يصدق كالقاضي بعد العزل اذا قال قضيت بكذا
قلنا الحكم انما يخرج عن الحكومة اذا حكم بين المتخاصمين وفي زعم المدعى عليه انه لم يحكم وفي زعمه انه لم يخرج عن الحكم وهو حكم
يعامل معه بزعمه كالوكيل اذا قال بعت امس وكذبه الموكل فانه يصدق الوكيل وان كانت الوكالة
تنتهي بالبيع لان في زعم الموكل انه لم يبع وان وكالته لم تنته فانما اخبر بالبيع حال قيام الوكالة فيعول
معه بزعمه كذا ههنا هذا كلامه وعن هذا ذكر في الحاشية لكن المراد بقوله ولكن اخبر بالحكم اي بعد العزل
فيكون المعنى ولكن اخبر بالعزل بعد العزل لا يقبل قوله لانقضاء الولاية بالعزل مسائل شتى
جمع شتة كمفلى جمع فليل ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي في يديه ثم صالحه منها فهو جائز
يريد به اذا كان المدعي مقدارا معلوما كالثلث حتى يكون الدعوى صحيحة فان ادعى حقا
فيها فانما يصح الصلح اذا ادعى اقرار صاحب الدار بحق فيها حتى يصح الدعوى هكذا قيل كذا
في الشرح والمص رحمه الله اطلق الدعوى في قوله ومن ادعى في دار دعوى ولم يرد به
نحو الثلث حيث قال بعد هذا والمدعى ولئن كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا
فكانه مال الى ان صحة الدعوى ليس بشرط لصحة الصلح لان الصلح لدفع الشغب وقطع الخصومة وهذا
المعنى ممكن بحقيقة في الدعوى كالفاسدة لان الدعوى ولئن كان فاسدة فالمدعي يمكنه ازالة الفساد اعلام
المدعى عليه فيحقق معنى الشغب وهذا يدفع بالصلح قوله ولو شهدوا بعده يقبل لو صح التوفيق
فان قيل ينبغي لئن لا يقبل وانه ادعى شرى باطلا لانه ادعى شرى ما ملكه بالهبة قلنا اذا جحد الهبة
فقد فسخها اذ جحود ما عدا النكاح من العقود فسخ فانفسخت الهبة في حق المدعى عليه وتوقف الفسخ
في حق المدعي على الرضا فاذا قدم على الشرى منه فقد رضي بذلك الفسخ فتم الفسخ بينهما بتراضيهما فان اشترى
منه بعد ذلك فان المشترى منه فقد اشترى ما لا يملكه فيصح كذا في الكافي ويصح لئن يقال حكم العقد يجوز ان
يختلف في حق المتعاقدين كمن اشترى عبدا اقر بحريته فانه في حق البايع تخليص عن ذل الرق وفي حق المشتري
فاقامة البينة على الشراء بعد دعوى الهبة وجحود الواهب هبة فاقامته على شراء عبد اقر بحريته
وانه صحيح فكذا هكذا قوله ادعى شرى باطلا ممنوع بل هو شراء صحيح في حق المدعى عليه
ما ذكر في الكافي لا يتاتى على قول محمد رحمه الله فان جحود ما عدا النكاح ليس بفسخ عنده مطلقا
الا يرى لئن الموصي لو جحد الوصية لا يكون فسخا عنده حتى لو قامت البينة عليها بعد موت الموصي
يقبل على لئن الاقدام على الشراء انما يكون فسخا للهبة اذا كان شراء الرجل ملكه باطلا مطلقا وليس

كذلك

كذلك بل هو صحيح اذا تضمن الفايدة كرب المال اذا اشترى ماله من المضارب صح لانه يستفيد بهذا الشراء ولاية التصرف
مع بقاء واعتن المضاربة ولا فقا ولئن المدعا عليه لما انكر الهبة تعذر للمدعي لئن يتصرف فيه بحكم ملكه فان
لئن يشتري منه ليستفيد ولاية التصرف كما يشتري رب المال ماله من المضارب بل اولى لان رب المال يتمكن من التصرف
في ملكه بفسخ عقد المضاربة ومدعي الهبة لا يمكن فيه بوجه وعلى هذا ينبغي لئن لا يكون الاقدام على الشراء اقرارا
بالملك للبايع كما هو رواية الجامع لجواز انه اقدم عليه لاستفادة التصرف قوله لان المشتري لما جحد كان
فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به اي بالجحود كما اذا تجاحدا فاذا عزم البايع على ترك الخصومة تم الفسخ
لان العقد لا ينفسخ بفسخ احدهما ما لم يقبل الاخر صريحا او دلالة فاذا عزم البايع على ترك الخصومة فقد رضي
بفسخ صاحبه دلالة فتم الفسخ كذا في الكافي وانه اشارة الى لئن فسخ العقد بجحود احدهما وعزم الاخر على ترك
الخصومة فسخ بالتراضي وانه مشكل لما ذكر في الكافي في باب المعيب من قول المشتري اذا باع من المشتري
فجحد المشتري الثاني البيع وحلف على ذلك وعزم المشتري الاول على ترك الخصومة ثم وجد الاول به عيبا رده على بايعه
لان انفساخ العقد بدون رضاه فعاد اليه قديم ملكه هذا كلامه وانه يصرح بان انفساخ العقد عند جحود
المشتري البيع وعزم البايع على ترك الخصومة انفساخ بدون رضاه حتى لو وجد المشتري الاول به عيبا
كان له رده على بايعه ولو كان الفسخ بالجحود من احدهما وعزم الاخر على ترك الخصومة فسخا بالتراضي لما كان
اليه ههنا لم يكن له الرد على بايعه بالعيب لان الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق الثالث والبايع الاول
ثالثهما وليس كذلك فان قلت قد ذكر ثم حلف المشتري على انكار البيع وههنا لم يذكر وجاز لئن يكون
الانفساخ صورة حلف المشتري انفساخا بلا رضاه وفيما اذا لم يحلف يكون الفسخ برضاه اجيب بانا
حلفه لو كان يكفي لارتفاع العقد لم يكن لتعرض عزم المشتري الاول على ترك الخصومة وجه وفائدة وحيث
تعرض كذلك علم لئن تمام الفسخ بالجحود والعزم جميعا وكيف يكون مجردا بحلف فسخا والبينة بعد الحلف
مقبولة ولو كان العقد منفسخا بمجرد الحلف لم يكن اثبات العقد بعده بالبينة والله اعلم قوله
ولانه لما تعذر استيفاء الثمن لانكار المشتري وبقاؤه لا يثبت لتعذر استيفائه بنفس الانكار بل لا بد من
فقد البينة العادلة وتحقق الحلف اذ لا تعذر عند وجود البينة العادلة ولا عند نكول المدعا عليه
عن اليمين فكانه تعليل حدث والبايع رضا بالبيع على وجه يتمكن من استيفاء الثمن من غير لئن يحتاج
فيه الى الخصومة ثم اقام البينة او الاستحلاف فاذا احتيج الى ذلك لم يكن راضيا وهو ظاهر قوله
فان رضا البايع فيستبد بفسخه اي بفسخ العقد بفسخ البايع بالعزم والعمل من الامساك ونحوه ولا يحتاج
الى لئن يعتبر الجحود فسخا فهذا دليل على ما ذهب اليه محمد رحمه الله عليه رحمة واسعة من ان الجحود
ما عدا النكاح ليس بفسخ ايضا ولكن لقائل لئن يقول فوات رضاه هنا لا يتوقف على فواته فيما
اذا اشترى شيئا ثم وجد معيبا وثم لا يستبد المشتري بالفسخ بل لا بد من التراضي او قضاء القاضي
فكذا يجب لئن يتوقف الفسخ على التراضي او رضا القاضي قوله فلا يصدق فكانه كذا
لا يصدق منفصلا فبينا ولا مانع اذ اصدق متصلا كما في المسائل الثلاثة الاخيرة حيث تصدق

فيها متصلا ولئن كان لا يصدق منفصلا ايضا كما في المسئلة الاولى حيث لا يصدق فيها متصلا لانه رجوع عن الاقرار بقبض الجياد في الرجوع بعد الاقرار لا يصدق متصلا ومنفصلا بخلاف الثلثة الاخيرة لان دعوى الزيادة فيها بيان بعتبر الاحتمال لانه يراد قبض بعض الحق او قبض الثمن ذاتا لا صفة واستيفاء بعض الحق وبيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا ووضع المسئلة في صورة الانفصال حيث قال ثم ادعى وكلمة ثم للتراخي قوله ولا بد من الحجة او تصديق خصمه يشير الى انه لو برهن على الالف يقبل بينته وجب لئن لا يقبل لانه متناقض في دعواه الا ان يعتبر امكان التوفيق بان كان المقر له قد باع شيئا من المقر بالف درهم على انه بالخيار ثلثة ايام فاقر له بالف ومن الخيار لم يمض بعد فرد المقر له اقراره ثم مضت المدة في ذلك المجلس ولزم البيع ووجب له الالف فقال بل لي عليك الف وما يقال ان البينة انما يقبل لان التناقض عفو في محل الخفاء ففيه نظر قوله لان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لانه حقهما فيع العقد فعل التصديق ذكرنا ان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لانه حقهما فيع العقد فعل التصديق وذكر قبله ولانه ذكر الاستيفاء والثمن من المشتري فات رضا البايع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب كذا في الكافي ووجد التوفيق لئن ما ذكر قبل هذا من قوله لئن البايع يستبد بفسخه فالمراد به ان يستبد به اذا فات رضاه من الاصل وذلك لئن البايع انما رضي بالبيع بشرط لئن يتمكن من استيفاء الثمن فاذا مات التمكن بجحود المشتري البيع فات رضاه من الاصل اذ التراضي بشرط لا يكون راضيا دونه فيستبد بفسخه كما لو اشترى عينا فاذا هو معيب وشري وله خيار الرؤية او الشرط وما ذكر هنا من ان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ فمعناه انه لا ينفرد اذا لم يفت رضاه من الاصل في هذه المسئلة لم يظهر فوات رضاه بخلاف البايع فانه لما تعذر له استيفاء الثمن بانكار المشتري فات رضاه من الاصل فيستبد بفسخ الملك من الاصل فلا يستبد بالفسخ ضرورة وفي الحاشية ويمكن ان يرجع بان المراد بقوله فيستبد بفسخه ان لا يحتاج فيه الى فسخ المشتري لانه قد ثبت الفسخ منه دلالة للجحود فلا يحتاج فيه الى فسخ اخر فيثبت بهما لا بالبايع والمراد بقوله بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر انه لم يجمع البايع على ترك الخصومة لانه لما لم يترك الخصومة لم يثبت الفسخ من جهته واذا ثبت من الاخر بجحوده والفسخ لا يثبت بالواحد فلان يبطل الجحود بالاقرار كما في دعوى المال وهذا لان التناقض في الاقرار غير معتبر لفظها والاجود لئن حمل الاستبداد على معنى ان لا يحتاج الى فسخ اخر ثانيا غير ظاهر على انه لو كان المراد بقوله فيستبد بفسخه هذا لما كان التعليل الآتي بقوله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن الى اخره اكثر ما يفيد الاول وهو قوله لان المشتري لما كان فسخا الى اخره يعرف بالتامل ثم الخفاء لئن المقر لا يبطل جحوده بالاقرار حتى يكون ذلك متناقضا في الاقرار فلا يكون معتبر بل يبطله بالدعوى لانه يدعي عليه الغا والتناقض في الدعوى معتبر ولئن لم يكن معتبر في الاقرار لا تهمة في الاقرار بخلاف الدعوى قوله وقد انكر وصار متناقضا فان قلت ارتفع انكاره بالقضاء فصار مكذبا فلا يكون متناقضا كما اذا رد المشتري المبيع المعيب على البايع بقضاء حيث يكون له الرد على بايعه

واح

ولئن انكر قيام العيب لانه كذب شرعا قلت التناقض اذا كان مبناه على الخفاء يرد كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع وثمة كذلك لجواز لئن لا يكون المشتري مطلقا على العيب فانكر بنا عليه ثم لما اقيمت البينة على الطلقات الثلث عليه علم الان فاراد الرد ولا كذلك ههنا لانه ليس مبناه على الخفاء لانه ادعى فعل نفسه فان قلت يشكل بما اذا ادعى رجل على اخر ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فقضى القاضي عليه بالبينة بعد ما انكر فله لئن يرجع على المكفول عنه اذا ادعى لما انه مكذب شرعا والتناقض ليس في محل الخفاء قلت انه انكر الكفالة دون الامر بالاداء وهو منفصل عنها فانكارها لا يكون انكار للامر الرجوع باعتبار وقد ثبت بالبينة وقد ادى دينه بخلاف مسئلتنا اذ البراءة عن كل عيب لا يصح بدون البيع فانكار البيع انكار للبراءة فدعوى البراءة تناقض كذا في الشامل قلت بنى المصنف رحمة الله تعالى عليه رحمة واسعة ولاية المخاصمة مع بايعه في الرد بالعيب وولاية الرجوع على المكفول عنه على التكذيب الشرعي حيث قال في مسئلة الرد بالعيب نهاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا وقال في مسئلة الكفالة ونحن نقول انه صار مكذبا شرعا فبطل ما في زعمه فقد بنى ولاية المخاصمة مع البايع وولاية الرجوع على التكذيب الشرعي لا كما ظنه هذا العامل وايضا سلمنا ان البراءة بالابراء والامر بالاداء متغايران ولكن الثابت بالبينة هو الكفالة بالامر لا الامر بالاداء وهو لم يقر به ايضا فلا يثبت الرجوع باعتباره نعم لئن الكفالة بالامر يتضمن الامر بالاداء ولكن انكارها وكفالة بالامر انكار لما تضمنه من حيث ثبوته في ضمنه فلا يثبت له الرجوع الا بالتكذيب الشرعي وبالجملة فالتكذيب الشرعي له اثر في ترتيب الاحكام كمن اشترى من غيره شيئا فاستحق عليه بالبينة كان له الرجوع بالثمن على البايع وان زعم صحة البيع وعدم ولاية الرجوع لانه صار مكذبا شرعا ثم لا نم ان انكاره للعيب في محل الخفاء اذ الموضع لكون العيب فيه ان الليل والنهار يتمكن الا ان يطلع عليه التفحص والتتبع فاذا لم يطلع عليه فذلك بتقصيره بخلاف المختلعة فانها ربما لا تطلع على ما طلاق الزوج لاستبداده به وكذا المكاتب بعجزها على الاعتاق للاستبداد المولى به وايضا لو كانت ولاية المخاصمة في مسئلة العيب باعتبار ان التناقض فيه عفو لكونه في محل الخفاء للزم ينبغي لئن يثبت هذه الولاية له فيما اذا لم يوجد تكذيب الشرع ايضا كما لو اقر المشتري بانه لا عيب فيه ثم ادعى فيه عيبا والمسئلة بخلافه وايضا لو كان ولاية الرجوع في مسئلة الكفالة باعتبار الامر بالاداء لا باعتبار الكفالة لزم ان يرجع الكفيل في هذه المسئلة بما ادى لا بما ضمن والمسئلة ممنوعة لما في الكفالة فان الكفيل في الامر يرجع بما ضمن لا بما اداه وفي الكفالة الثابتة بالبينة كالثابت عيانا فيكون حكمهما واحدا وايضا قد سبق في الشرع ان محمدا رحمة الله عليه لا يجوز الرد على البايع الاول لمكان التناقض واعتذر عما قال ابو يوسف رحمه الله عليه من انه صار مكذبا شرعا قوله لا عيب نفي العيب في الحال والماضي والقاضي كذبه في قيام العيب عند البيع الا دون الاول ولو كان هذا تناقضا في محل الخفاء لكان معفوا عنه ايضا

او التناقض في محل للخفاء غير معتبر عند علمائنا ما الظهر في الجواب لئن يقال لا نسلم ان البراءة عن كل عيب لم يصح
بدون البيع فكان انكار البيع انكارا لها لاستلزام انكار اللازم انكار الملزوم فيكون دعوى البراءة بعد
ذلك تناقضا والتكذيب شرعا انما هو في البيع دون البراءة لان التكذيب يثبت ضرورة الاثبات بالقضاء
والقضاء يقتصر بالبيع اما البراءة فلا يثبت بالقضاء لا قصدا وهو ظاهر ولا ضمنا لان وجود البيع
لا يستلزم وجودها اما انكار البيع فيستلزم انكارها لانها يستلزم البيع وانكار اللازم انكار الملزوم اما اثبات
اللازم فلا يستلزم اثبات الملزوم وبطلت البراءة على الانكار فيكون دعوى البراءة تناقضا بخلاف مسئلة
العيب والكفالة بالقضاء يثبت ولاية الرد المخاصمة مع بايعه وولاية الرجوع على المكفول
عنه لان وجود العيب والكفالة عنه بالامر يستلزم وجودها بين الولايتين فيبطل بالقضاء
على ما في زعمه وفيه ايضا لان انكار البراءة لم يكن قصدا بل في ضمن انكار البيع فيجب لئن يبطل ببطلانه
اذ الثابت في ضمن الشيء يدور معه وجودا وعدما الا يرى ان من اشترى شيئا ثم استحق ثم وصل اليه بسبب لا يومر بالرد
الى البايع ولئن صار مقرا له به بالاقدام على الشراء منه الا انه اقر في ضمن الشراء وقد بطل الشراء
بالاستحقاق فيبطل الاقرار الثابت في ضمنه ايضا حملا ما اذا اقر بملكه صريحا ثم اشتراه منه
ثم استحق حيث يومر بالرد اليه اذا وصل فيجب ان يبطل انكار البراءة عند بطلان ما يثبت في ضمنه
وهو انكار البيع ويجعل يلتحق بالعدم فلا يكون متناقضا بعد ذلك بدعواه الا ان يجاب
ان بطلان التضمن انما يوجب بطلان ما في ضمنه اذا كان بطلانه قصديا اما اذا كان ضروريا
فلا اذ الثابت ضرورة فلا يظهر في حق غيره الا يرى ان تقديم جميع الكفارات واجب على
التماس في باب الظهار لكن وجوبه لتقديم التحرير والصيام منصوص عليهم بقوله تعالى
من قبل ان يتماسا فظهر في وجوب الاخلاء حتى لو واقع في خلالها وجب الاستيناف تحقيقا
للاخلاء الواجب في ضمن وجوب التقديم وتقديم الطعام لما لم يكن منصوصا بل ثابتا لضرورة
كون الكفارة منهية للحرمة التي اوجبها الظهار فلم يظهر في وجوب الاخلاء وان كان وجوبه من
ضرورات وجوب التقديم وكذا النكاح اذا انعقد من الثنا يجب مقصودا مشروطا له الشهود
وقاما اذا انعقد ضرورة كالنكاح المنعقد منها بشهادة الزور فلا يشترط له المشهود فعلم ان ما
يثبت ضرورة لا يظهر في لوازمه ومتضمناته وبطلان انكار البيع هنا ايضا يثبت بضرورة القضا
بثبوته لا مقصودا فلا يظهر فيما تضمنه وهو انكار البيع ههنا ايضا يثبت بضرورة القضاء
بثبوته لا مقصودا فلا يظهر البراءة بخلاف الاقرار بالملك للبايع فانه قد يثبت في ضمن الشرى
وقد فسخ القاضي الشرى بعد الاستحقاق مقصودا فيظهر في حق الاقرار ايضا والله
اعلم بحقايق الاحوال قوله لان الاستثناء تصرف في الكلام فان قلت قوله
ان شاء الله تعالى ان كان في حكم الاستثناء وجب لئن ينصرف الى الاخير في قوله عبد الحق
والمرءة طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى في قولهم جميعا وان كان في

اذ

اذ الاستثناء ينصرف الى ما يليه من الجملة عند علمائنا فيجب لئن ينصرف الى الاخير في قوله عبده حر وامرأته
طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى في قولهم جميعا ولئن كان في حكم الشرط وجب لئن
ينصرف الى الكل عندهم جميعا اذ الشرط ينصرف الى الكل جميعا ولئن اجيب بانه شرط والاصل فيه
لئن ينصرف الى الكل غير انه انصرف هنا عندهما الى الاخير بقرينة لئن الذكر الموثوق والصرف الى الكل ثانيا
رد بان التعليل بقوله وكذا الاصل في الكلام الاستبداد يشعر بان صرفه الى الاخير هو الاصل
لا انه صرف هنا الى الاخير بالقرينة ثم ما ذكر في تعليل ابي حنيفة رحمه الله هنا يوجب لئن يكون الحكم والاستثناء
كالحكم في الشرط بانه لا يفصل فصل في القضاء بالمواريث قوله والحكم الحال لان الظاهر فعلم الوارث
لا يصلح للاستحقاق ولا يلزم مسئلة الطاحونة اذا كان الماء جاريا وقت الخصومة من حيث يجعل الحال
حجة لصاحب الطاحونة في ايجاب الاجر لانهما اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد واختلفا في التاكيد
والظاهر حجة التاكيد وابقاء ما كان وفي مسئلة الميراث اختلفا في وجوب السبب وهو الزوجية
مع اتفاقهما في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر شاهدا لها كذا وكذا الامام قاضي خان وفي الفوائد
الظهيرية لئن التمسك بالحال انما لا يجوز لاثبات امر لم يكن في موطن العدم سبب الاستحقاق للحال
لا في موطن يكون سبب الاستحقاق قايما وسبب استحقاقهما وهو الزوجية معدوم للحال
وسبب استحقاق الآخر قايم الحال وهو الاجارة فان قيل يشكل بما اذا مات الرجل وترك ابنين
فقال احدهما مات ابي مسلما وكنت مسلما حال موته وقال الآخر صدقت وكنت مسلما انا
ايضا اسلمت في حال حيوته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال انما اسلمت بعد موته فالقول
قوله ولم يجعل الحال حكما على اسلام الابن المختلف في اسلامه فيما مضى مع قيام التسبب
في الحال وهو البنوة قلنا ما ذكرنا من الطريق انما يصار اليه اذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو
ثابت للحال اما اذا اتفقا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير انهما اختلفا في مقداره فلا يصار
الى تحكيم الحال ولئن كان السبب قايما الا يرى ان في مسئلة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع في بعض
مدة الاجارة بان قال المستاجر كان الماء منقطعا شهرا وقال الموجر بل شهرا فالقول
قول المستاجر مع يمينه كان الماء او جاريا في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدر وذلك غير ثابت
للحال وفي مسئلة الابنين ومسئلة الكتاب حاصل الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس
الامر والثابت في الحال نفس الاسلام مقدر وهذا هو الماخذ في المسئلة كذا في الشرح قلت
ما ذكر في الفوايد من لئن الاختلاف في مسئلة ابنين ومسئلة الكتاب وقع في مقدار مدة الاسلام
والحال لا يحكم في مسئلة منقوض بما اذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة فقالت اسلمت بعد
موته وقال الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وذكر ان المصنف رحمه الله حكم
الحال في هذه المسئلة حيث قال ولنا لئن سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما اذا مضى
تحكيما للحال ولا يخفى لئن الاختلاف في هذه المسئلة نظير الاختلاف في مسئلة ابنين حذو النعل

بالنقل وايضا في مسئلة الابنين ومسئلة الكتاب انما وقع الاختلاف في وجود الاسلام عند
الموت في مقدار مدة الاسلام لم يختلفا بعد الاتفاق على وجود الاسلام لكن الاسلام يوما كان
او يومين شهرا كان او شهرين بل الورثة تدعي اسلامها بعد الموت وهي تنكر بدعوى
الاسلام قبله ومثل هذا لا يعتبر اختلافا في المقدار الا يرى لو استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه
في اول الشهر ثم جاء به اخر الشهر وهو ابق او مريض فقال المستاجر ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن
ذلك الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول
الموجر تحكيما للحال والمسئلة نابتة في الاجارات فلم يجعل هذا اختلافا في مقدار مدة الاباق
والمرض وكذا مسئلة الابنين بخلاف ما اذا اختلفا في انقطاع الحاكم كان بعد ما اتفقا على وجود
اصله فيما مضى لان تحكيم الحال هنا متعذر اذ الماء اذا كان جاريا في الحال يدل على جريانه في الماضي
من الازمنة كلها ولئن كان منقطعا فهي تدل على انقطاعه في جميع الازمنة السابقة ما لا دلالة
لها على انقطاع مقدر بيوم او بيومين فلا جرم لا يحكم الحال هناك بل يكون القول للمستاجر
مع يمينه على ان ما ذكر في الفوائد من الجواب عن مسئلة الطاحونة لا يطرد فيما اختلفا بعد انقضاء
مدة الاجارة اذ الاجارة تنفسخ بانقضاء مدتها فلا يكون السبب قائما في الحال في المسئلة الثانية
ايضا فالجواب الصحيح والاشمل هو ما ذكر الامام قاضي خان وهو المذكور في الكافي قوله
ولا كذلك بعد موته وقد تعلق التركة قبل القسمة والصرف الى الوارث صفات على حكم ملك
الميت حتى لو حدثت الزيادة قبل القسمة والصرف الى الوارث تقضى منها ديونه وتنفذ
بها وصاياه فكان اقرارا على الميت فيجب ان لا يصح قوله ولو قال المودع لاخر
هذا ابنه ايضا فقضى بالمال للاول فان قلت ينبغي ان يضمن النصف لكنه لانه اقر ان
النصف حقه باقراره انه ابن الميت ايضا وقد سلم الكل الى المقر له الاول قلت لا يلزم من كونه مقرا بالبنوة استحقاق
المال كذا في الكافي وذكر الشارح ان هذا يضمن المودع لكنه ايضا اذا وقع الوديعة الى الابن الاول
بغير قضاء وايضا الحق هذا اذا شهدا انه ابن الميت ولم يقولا ووارثه تقبل الشهادة
ويحكم بالميراث له في الصحيح فلو لم يكن البنوة مستلزما لاستحقاق المال لاشترط في الشهادة بالارث
ان يقولوا هذا ابن الميت ووارثه قوله فيكون اقرارا على الاول فلم يصح اي لم يصح في حق
الاول اما في حق الثاني فصحيح حتى يضمن النصف اذا وقع على الاول بغير قضاء كما لو اقر بالوديعة
لانسان ثم اقر بها لاخر كان عليه ان يدفعها الى الاول لان اقراره به صحيح ورجوعه باطل ويضمن
للاخر قيمتها بالاقرار انه له ولئن دفع الى الاول بقضاء وعند ابي يوسف رحمه الله عليه رحمه وسع
انما يضمن اذا دفع الى الاول بغير قضاء اما اذا دفع بالقضاء فلا قوله ولان المكفول
له مجهول يشكل هذا التعليل بما اذا ثبت الدين او الارث بالاقرار فانه يؤخذ الكفيل ح
بالاجماع مع ان المكفول له مجهول وجوابه ان في الكفيل اذا ثبت الدين بالاقرار روايتين عن ابي ح

رحمه الله

رحمه الله قال الامام التمرتاشي رحمه الله لو قال المودع لرجل هذا ابن الميت ولم يدع عليه فالقاضي
يتانى زمانا على حسب ما يرى فان لم يظهر وارث اخر امر بدفع المال واخذ منه كفيلا قيل هذا قولهما
وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يؤخذ وقيل للكل لان الثابت بالبينة دون الثابت بالاقرار فهذا التعليل
محتمل على احدى الروايتين ويشكل ايضا هذا بما ذكره الشارح في ادب القاضي ان الرجل اذا قلد القاضي
القضاء ينظر في حال المحبوسين فان كان فيهم قوم لم يظهر لهم خصم فالقاضي يعلن عذرهم بان يامر مناديا
ينادي كل يوم فان حضر لرجل منهم خصم اطلقهم واخذ منهم كفيلا عند ابي ح رحمه الله ولا يخفى ان هذا
كفالة لمجهول وايضا قال في الكتاب ان القاضي اذا قسم مال المفلس بين غرمائه فانه ياخذ
منهم كفيلا لحق المحتال عليه ان فضل الدين من مال نفسه ولحق المحتال ان مات المحتال عليه
مفلسا فقد صحت الكفالة مع جهالة المكفول له وهو اما المحتال او المحتال عليه فقد قيل المذكور
قولهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلا ياخذ كفيلا لجهالة المكفول له وقيل المذكور قول
الكل والفرق لابي حنيفة رح ان في الميراث المكفول له مجهول جهالة فاحشة وذلك
وارث او غريم او موصى له فمنع صحة الكفالة اما ههنا جهالة يسيرة لان المكفول له اما
المحتال او المحتال عليه فافترقا قوله لا كما ظن البعض اي بعض المعتزلة
ان ابا حنيفة رحمه الله يقول كل مجتهد مصيب وانه يوافق المعتزلة في اصابة كل مجتهد
لما ان الجاحد جائر فيؤخذ منه كفيل كذا في الحاشية وهو سهو لما ذكر في الشرح
عند قوله ولا يستوثق بكفيل حيث قال وهذا بالاجماع وانما الخلاف في اخذ الكفيل
الثاني للغائب ودركه في ديه ولان الحال اذا كان تحت ضيق يده فلا فائدة في اخذ الكفيل
قوله فقد قيل ياخذ اي المتعهد وفي الحاشية اي الكفيل وهو غير صحيح لما ذكرنا
الاجماع على انه لا يستوثق بالكفيل في هذه المسئلة وبدليل قوله لانه يحتاج فيه الى الحفظ
اذ لو جعل الضمان في يؤخذ الكفيل لكان هذا التعليل حشوا قوله الا انه لما ثبت
استحقاق الكل على احد الورثة استثناء عن قوله لان احد الورثة ينتصب الى قوله
وعليه يبتني ان واحدا لو ادعى على الوارث دينا على الميت يكون هو خصما في جميع الدين
فيما اذا كان التركة جميعها في يد ذلك الوارث الذي هو المدعى عليه ويحكم فيها الا فلا
لانه لا خصومة بدون اليد كذا في الشرح وفيه نظر لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت
وعن باقي الورثة في دعوى الدين وان لم يكن شيء من التركة في يده صرح به في الكافية
حيث قال وذكر في جامع الكبير انما يكون قضاء على جميع الورثة اذا كان المدعى في يد الوارث
الحاضر ولو كان الوارث في يده ينفذ بقدره وهذا بخلاف الدين فان احد الورثة ينتصب
خصما عن الميت وعن باقي الورثة في دعوى الدين وان لم يكن في يده من التركة ثم لفظ
وفي الذخيرة في فصل التاسع عشر من كتاب الدعوى ادعى دينا عن ميت بحضرة وارثه والميت

في مال الوارث بشان التركة اولم يكن للميت مال اصلاً يقبل بينته هذا لفظه وهو تصريح بما ادعينا وايضا المص رحمه الله
نقل المسألة عن الجامع وهذه المسألة في الجامع مذكورة في صورة دعوى العين كما ذكرنا من الكافي في
والشارح حملها على صورة دعوى الدين ثم الآن يراد بقوله يكون هو خصما في جميع الدين الخصومة
في استيفاء جميع الدين لا في اثباته يعني ان جميع الدين انما يستوفي منه اذا كان جميع التركة في يده
اما اذا لم يكن فلا فحينئذ يوافق ما ذكره في الكافي والذخيرة قوله هو على ما فيه الزكوة اي يجب
عليه التصدق بكل ما يجب عليه الزكوة وهذا انما يستقيم على قول محمد رح فاما على قول ابي يوسف رح فالزكوة
ليس بمتعين حتى تدخل الارض العشرية عنده فالظاهر انه يدخل فيه كل ما يجب فيه صدقة الفطر ايضا عنده لانه
ليس بادنى مما يجب فيه العشر فان قلت ما وجه وجوب التصدق بقوله مالي في المساكين صدقة وليس فيه ما يدل
على الوجوب قلت المال انما يصير صدقة بالاداء الى الفقير فلما سمي المال صدقة وهو غير مؤدى الى الفقير
بعد لا بد لنا من بعض الادلة هنا اقتضى تصحيحا للكلام ولكن حقيقة الاداء فعل حتى لا يمكن تقريره
سابقا فقربنا الايجاب الذي هو في حكم الاداء من حيث ان الوجوب يفضي الى الوجود لا محالة فكان ايجاب
المال الذي هو في حكم الاداء من حيث ان الوجوب على نفسه كادائه الى الفقير فصح تسميته صدقة مجازا بتقدم
الايجاب قوله اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب فان قلت الداخل تحت الايجاب
انما هو فضول المال واذا لم يكن فاضل ماله لاشتغاله بنفقته ونفقة عياله فكيف يتصور ان يكون
فاضل ماله مع تعلق نفقته عياله به اجيب بانه ليس المراد بالفاضل ان لا يحتاج اليه المرء بل المراد به والله
اعلم ما يكون مشغولاً بحاجته ومصروفا اليه ومعدا لحاجة وجاز ان يكون له مال يحتاج هو اليه ولكن لا يكون
مشغولا بالحاجة ومصروفا اليه كمن ملك مائتي درهم وليس بالآخر يصرف الى نفقته فان هذا المال
لو لم يصرف الى حاجته وبقي الى ان يمضي الحول يجب فيه الزكوة قوله لان ايجاب العبد معتبر
بايجاب الله تعالى فينصرف الى ما اوجب الشرع فيه الصدقة من المال يعني ان العبد لو اوجب على نفسه
شيئا لا يصح ذلك الايجاب اذ اوجب الله تعالى عليه من جنسه اما اذا لم يكن فلا كذا في الشاهان فان قلت
الاموال التي لا تجب الصدقة فيه ان كان مما اوجب الشارع الصدقة فيه من جنسه وجب ان يدخل في مالي
في المساكين صدقة والا وجب ان لا يصح النذر بثياب البذلة ونحوها مما لا تجب الصدقة فيه حقا لله تع
لفقد شرط الايجاب اجيب بانه لا نزاع ان الاموال التي لا تجب فيها الصدقة مما لا اوجب الله تع
الصدقة على العبد من جنسه ولكن اعتبار الجنس القريب اولى من البعيد وفيما اذا اطلق المال الممكن صدقة الى النوع
الذي اوجب الشرع الصدقة فيه فلا يصرف الى غيره اعتبارا للجنس القريب اما اذا لم يمكن اعتباره
بان عين مالا لا تجب الصدقة فيه في حق الله تعالى كثياب البذلة فلا جرم ان يعتبر صحته بصحة
ايجابه بالجنس البعيد قوله معتبر بايجاب الله تعالى وما اوجبه الله على العبد من الصدقة
مضافا الى مطلق المال كقوله تعالى خذ من اموالهم صدقة انصرف الى الفضول لا الى كل المال
فكذا ما يوجبه العبد على نفسه فان قلت عبيد الخدمة ايضا مال اوجب الشرع فيه الصدقة

وهو

وهو صدقة الفطر فينبغي ان يتصدق بالعبيد ايضا قلت صدقة الفطر ليست بصدقة مطلقة
هي عبادة فلا يرد كذا في الحاشية وفيه نظر لان الارض العشرية تدخل في التصدق عند ابي
حنيفة رحمه الله عليه رحمة واسعة باعتبار ان جهة العبادة في العشر راجحة على ان العشر ليست بصدقة
مطلقة هي عبادة بل فيه معنى المؤنة ايضا الصدقة الفطر فالاولى ان يقال
في عبد الخدمة ان كانت الصدقة يجب فوجوبها فيه ليس لاجل انه مال بل باعتبار
ان المولى يلي عليه ويمونه ولهذا يجب للصغيرة وكل ما يلي عليه ويقوم هو بمؤنته وليس
ذلك بمال او يقال صدقة الفطر ليست بواجبة في عبد الخدمة بل لاجله والعشر في العشرية
وان لم يجب فيها حقيقة فهو واجب فيها حكما من حيث انه واجب فيما يحصل منها
قوله لان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة قلت هذا
اشارة الى ان الخلافة تستدعي انقطاع ولاية الاصيل وانه مشكل لما سياتيك في الوكالة
ان الملك يثبت للموكل اذا اشترى وكيله لاجل خلافة عن الوكيل كالعبد يحتطب ويصطاد مع قيام
ولاية الوكيل فعلم ان الخلافة لا تحتاج الى انقطاع ولاية الاصيل ثم لا افتقار ان الوصي
يشبه الوكيل فشبه الوكيل يقتضي ان لا ينفذ تصرفه قبل العلم وشبه الوارث يقتضي
ان ينفذ فيجب ان لا ينفذ بالشك قوله وفي الاول وهو الوصاية تفويت لعجز
الموصي وقد يشكل بان الجواز النظر جاء من ملكه حيث لم يعلمه بالوصاية وبان التدارك ممكن
لانه على وصايته لان الوصاية لا ترتد بالرد بعد موته ومما امكن تداركه لا يعد فايتا قوله
اما الوصية فاخت الميراث لانها خلافة كهي فان قلت اذا كان الوصية خلافة كالميراث
ينبغي ان لا يتوقف بموته والقبض وسياتيك ان الموصى به لا يملك قبل القبض عند علمائنا
الثلاثة قلت جوابه ايضا سياتيك في الوصايا قلت لا يسبب الصدقة اجيب
عبيد الخدمة ايضا سبب صدقة الفطر مع انها لا تدخل قلت بانها وان كانت في
الصدقة لكن باعتبار انه رأس بموته المولى ويلي عليه لا باعتبار انها مال والارض العشرية سبب
العشر باعتبار انها مال مملوك لمولاه فافترقا قوله لانه يتمحض مؤنة اي ليس فيه
معنى العبادة بوجه والا فالخراج مؤنة فيه معنى العقوبة قوله اما الوكالة فانابة
وهي تمليك التصرف من الوكيل فيتوقف كالهبة وغيرها كذا في الشاهان وفيه نظر لما عرف
ان الوكالة يحتمل التعليق بالشرط حتى لو قال اذا جاء رأس الشهر فانت وكيلي ببيع
هذا العبد يجوز فلو كانت الوكالة تمليك التصرف لما صح تعليقه اذ التمليكات لا تحتمله
وايضا فقد صرح في الشاهان في كتاب الاكراه ان الوكالة من الاسقاطات لان تصرف
الوكيل اسقط ذلك الحق هذا الفاظه وقوله هنا وهي تمليك التصرف من الوكيل يشعر
بان الوكالة من الاثباتات فلا بد من وجه التوفيق قوله فيتوقف على العلم هذا اذا ثبت

للوكالة قصدًا اما اذا كانت ضمن امر الحاضر بالتصرف بان قال لغيره اشتر عبدي من فلان هل
يثبت بدون العلم قوله لقدرة الموكل اي بنفسه او توكيل آخر فلا يرد ما اذا لم يكن الموكل
قادرًا على التصرف بنفسه او توكيل آخر فلا يرد ما اذا لم يكن كالمحرم يوكل غيره ببيع صيد والمسلم
يوكل النصراني بشراء خمر او خنزير قوله حتى يشهد عنده شاهدان مستوران
حتى لو اخبره بالعدل فاسقان لا يثبت العزل عنده لان خبر الفاسق واجب التوقف
كذا في الشاهان وقال بعضهم اذا كان المخبر بعزل الوكيل او بحجر المأذون
فاسقين يثبت العزل والحجر لوجود احد الشطرين وهو العدد فوق
التأثير العدالة الا يرى اذا القضاء بشهادة الواحد العدل لا ينفذ وبشهادة الفاسق
ينفذ ثم لو وجدت العدالة هنا بدون العدد يثبت الحجر بالخبر فالاولى ان يثبت
الحجر بالعدد وان لم يوجد العدالة وكان المصنف مال الى هذا القول حيث قال
في نتيجة تعليل ابي حنيفة رحمة الله عليه رحمة واسعة فيشترط احد شطريها وهو العدد
والعدالة وفي خبر الفاسقين فضه قوله وعلى هذه الرواية
لا يقبل كتابه اي كتاب القاضي قلت ان اراد على هذه الرواية لا يقبل كتابه
في الحدود وغيره فغير مسلم لان قول القاضي هنا انما يقبل لاحتمال الغلط وعدم امكان
التدارك بغاية ما يقتضيه ان لا يقبل كتابه فيما يمكن التدارك وهو الحدود والقصاص
لا مطلقا فان اراد قياس هذه الرواية يقتضي ان لا يقبل كتابه في الحدود والقصاص
خاصة فلا نزاع فيه ولا رخصة لاثباته بقياس هذه الرواية وكون هذه القياس
مخالفًا لظاهر الرواية قوله لان طاعة اولي الامر واجبة في تصديق طاعته فان قلت
الدليل يقتضي الوجوب والمدعى الجواز والصحة حيث قال وسعك لمن يفعل دليل لا طاعة
مثل واجب بطريق الكتابة على الكتابة وما يجب كتابة فهو وان كان يجب
كتابة فهو ولين كان يجب على كل واحد ولكنه يشبه المباح من حيث انه لا يأثم بالخصوص
وجاز لمن يراد بقوله وسعك لمن لا يحرم عليه وقالت اخذتها وانا مرة والا
فالقول قول الموصي لاسناده الى حالة منافية لوجوب ضمان العلة اذ الموصى له
لا يضمن عليها ولمن كانت حديثة فلو كانت العلة ما ذكره الشارح يضمن
ايضا قوله لا تعارض بسبب الضمان فان قلت
فلا وجد الاسناد منها الى حالة منافية لوجوب الضمان
فيجب
ان لا يضمنا كالقاضي قلت
حال القضاء

منافية فيه بضمان القاضي لا محالة دون غيره لانه كم من غاصب غصب مال غيره والقاضي في
منصب القضاء وما ادعى من ان القاضي امره بالقطع غير ثابت لعدم الحجة والكلام فيه وقول القاضي
المعزول في حقه شهادة فرد فلا يسمع كذا في الشرح والله اعلم

كتاب الشهادات

قوله تع ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تع ولا تكتموا الشهادة والنهي عن الاباء عنه
امر بالحضور عنده لان النهي عن الشيء امر بضده اذا كان له ضد واحد وخص من هذين النصين
غير مجلس القضاء فصلح خبر الواحد مخصصا له في باب الحدود كذا في الشاهان وفيه نظر
لما ذكر الشارح ان ركن الشهادة هي استعمال لفظ اشهد على وجه الاخبار عند القاضي مع اجتماع شرائطه
فان كان ركن الشهادة متناولا لغير مجلس القضاء حيث لا يتحقق معنى الشهادة في غير مجلس ولا يخصص
فيما يتناوله العام ثم قد يقال الكتمان انما يحرم لخوف المدعي المحتاج الى احياء حقه وذلك في حق العباد
اما الحقوق اما الحدود فحق الله تعالى وهو موصوف بالغنى والكرم وليس فيه خوف فوت حقه فجاز للشاهد
ان يختار جانب الستر فبهذه الدلالة علم ان النصين لا يتناولان الحدود فلا يلزم العمل لخبر الواحد على معارضة
النص وقد يقال النص لا يتناول الحدود ولان الشاهد اذا اختار الستر لم يبق شاهدا واذا
اختار الحسبة تجب اداء الشهادة قوله ولانه لو ظهرت السرقة وجب القطع والضمان ولا بد
احياء حق وحق العبد مقدم في الاخبار وكذلك في الشهادة بلفظ الاخذ دون السرقة وفيه بحث
لان حق المسروق منه عند قيام المسروق في الرد وظهور السرقة لا ينافي الرد بل يجب الرد معها وبعد
هلاك حقه في التضمين وظهور السرقة لا ينافي ايضا لما عرف ان المسروق منه بعد ظهور السرقة
بين ان يختار القطع فيقطع وان يختار التضمين فلا يقطع فلا يكون الشهادة بالسرقة مبطلة
حق العبد في الضمان وانما يصير مبطلة له اذا لم يكن له اختيار التضمين بعد ظهور السرقة والامر
بخلافه ذكره في الكافي حيث قال فان كان قبل القطع فان قال المالك انا اضمنه لم يقطع عنده وان قال
انا اختار القطع قطع ولا يضمن عندنا وقال مالك ان كان السارق ذا يمين في الحال والا لا يضمن
ابدًا نظرا للجانبين قوله والوصية المراد بها الايصاء وهو جعل الغير وصيا في ماله وليس المراد
به التمليك المضاف الى ما بعد الموت لانه ذكر الوصية من نظايره ليس بمال والشهادة على الوصية بمعنى
التمليك شهادة في المال قوله لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة على الوصية بالبلوغ وهي المشاهدة والضبط
والاداء في لفظ الكتاب نوع اختلال لان هذه الاشياء لا يثبت اهلية الشهادة بل الولاية وهي الحرية والاسلام
والبلوغ وهذه الاشياء اسباب التحمل والاداء عند القاضي الا يرى ان هذه الاشياء حاصلة للعبد والصبي
والعاقد والكافر ولا شهادة لهم الا اذا جعلت هذه الاشياء البلة بعد الكلام المبهم في قوله لوجود ما يبتني
عليه فيجب ان يقول وهو المشاهدة والسمع المصحح بتصحيح شيخي رحمه الله كانت وهي الصحيح ما ذكر في الكافي
حيث قال ولان الانسان انما يصير شاهدا لكونه وليا والولاية مبنية على الحرية والارث وكذا
في هذه امثلة الرجال والقبول يبنى على العدالة والعدالة مثل الرجال كذا في الشرح قلنا ولا يبعد ان

الشاهد اذا اختار الستر لم يبق شاهدا

اختيارا

اذا قال لما ذكر ... اختار القطع

يراد بالاهلية في قوله لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة هي اهلية الاداء دون التحمل ويراد بقوله وهي المشاهدة وقدرة المشاهدة على حذف المضاف فلا يكون فيه اخلال لظهور ان اهلية الشهادة مبنية على قدرة المشاهدة وقدرة الضبط وقدرة الاداء عند القاضي ثم ما ذكر الشارح من العبد بقوله اللهم اذا جعلت له لا يصلح مخلصا لا خلال المذكور لما ذكرنا ان اهلية الشهادة لا يبتنى على هذه الاشياء الثلاثة المذكورة لوجودها في العبد ولا شهادة له بل هي مبنية على الولاية ولو سلم فما قال هي قائله من قوله فيجب ان يقول وهو المشاهدة والسمع الصحيح وهي غير متوجه لو عرف من صحة اختيار الجبر في امر التذكير والتانيث وذلك في نظايرهم اكثر من ان يحصى وقال بعض الفضلاء ان لفظة الاهلية تجوز اي لوجود ما يبتنى عليه الشهادة او المراد بالاهلية الشهادة صلاحية فيقول الشهادة **قوله** كيلا يكون من وجهين الاولى ان يقال لئلا يلزم خروج كثير من النساء والاكثرة للخروج عبارة عن خروجهن من حد اخرى وهذا لا يندفع لعدم جواز قبول الاربع مبني قبول الشهادة اثنين منهن ايضا بما معنى ان يخرجن من حد اخرى على حسب وقوع الحوادث وانما يندفع بذلك لخروج الاكثر منهن بل نقتصر على خروج البعض القليل **قوله** وقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امراة واحدة هو بيان ان اشتراط الذكورة والعدد ساقط في هذه الشهادة وليس معناه ان تقبل في هذه الثلاثة للمراة لا شهادة الرجل وشهادة المراة واحدة لا شهادة المراتين فصاعدا كيف وقبول شهادة امراة واحدة يدل على قبول شهادة رجل واحد وشهادة امراتين بالطريق الاولى فلما كان المراد به ما ذكرنا لم يكن بهذا اللفظ دلالة على عدم جواز شهادة الرجل الواحد اذ سقوط اشتراط المذكورة لا يدل على عدم جواز اعتباره كما لا يدل سقوط العدد على عدم جواز اعتباره **قوله** والجمع المحلى باللام يراد به الجنس فان قيل هذا اذا كان في موضع النفي كوالا تنزوج النساء اما في الاثبات فلا يبطل معنى الجمعية كما في طالعه علم في يدي من الدراهم وقوله لفلان على من الدراهم وقوله اوصيت لفلان بالدراهم حيث ينصرف الى ثلثة دراهم في هذه الصور قيل تمسك بمثل هذه المثال لبعضهم على ان اللام لا يبطل معنى الجمعية في الاثبات ولكنا نقول انما يبطل معنى الجمعية اذا كان جمعا مجردا عن الاضافة والاشارة واما في طالعه على ما في يدي من الدراهم فالجمع غير مجرد عنها لاختصاصه بما تحويه يدها وهذا لانه جمع معرف فيجب اعتبار معنى الجمعية الا انه ابطل اعتبار معنى الجمعية لامكان ارادة الجنس حيث كان مجردا عن الاضافة والاشارة فاذا تقيد بهما لا يبطل معنى الجمعية وقال الامام مولانا جميل الدين رحمه الله اذا دخل اللام على الجمع يراد الواحد مع احتمال الكل الجنس اذا كانت الكل ممكنة وههنا لا يحتمل ان يكون كل دراهم العالم في يده فلما بطل ارادة الجنس بهذا الطريق لم ينصرف الى الواحد اما لان الارادة الواحد انما كان في ضمن معنى الجنسية وقد بطل ذلك فبقيت صيغة الجمع خالية عن حرف الجنس فينصرف الى الثلاثة واما لان كل الجنس لما لم يمكن يراد فامكن الحمل على المعهود بدلالة قوله على ما في يدي صرف الى المعهود وهذه الكلمة ما اشير اليه في الشرح اشار الى بعضه في المطلع والى بعضه هنا بهذا الخرج الجواب عن المسايل التي تمسك بها الاثبات انه في النفي دون الاثبات

وكلن

ولكن ما ذكر الامام حميد الدين مخصص بما اذا اوصى بثلث ماله الى امهاتها ولاده وبني ثلاث وللفقراء والمساكين فلهم ثلثة اسهم من خمسة عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رحمهما الله وعلله المصنف رحمه الله بان الجمع المحلى باللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد والثلاثة للثلاثة فبلغ الحساب خمسة بهذا اللفظ فقد اشار الى ان اللام الداخل على الجمع يحمل على الجنس وان تعذر صرفه الى الكل بل ذلك عند تعذر صرفه اولى وما ذكر من ان اللام انما يبطل معنى الجمعية اذا كان مجردا عن الاشارة والاضافة محصله الى ما قالوا من ان اللام الداخل على الجمع انما يحمل على الجنس المبطل معنى الجمعية اذا لم يكن هناك معهود يشار اليه باللام اما اذا كان فيجب ان يحمل اللام على العهد لانه الاصل في اللام وفي طالعه على ما في يدي من الدراهم يمكن ان يراد العهد ويشار بالدراهم الى ما حوته يده فيكون للعهد دون الجنس اي طالعه على الدراهم التي حوته يدي حتى لو كانت في يده دراهم ينصرف الى البدل وان لم يكن فيها شيء لزمه ثلثة دراهم لانها اقل الجمع وبيانه في مسئلة الاقرار والوصية ان في الاقرار ايضا نصيف الدراهم الى ما في الزمه او التقرير لفلان على الدراهم التي في ذمتي وفي الوصيته الدراهم ايضا مضافة الى ثلث ماله اذ الوصيه انما يصح في ثلث ماله الفارغ من حاجة الاصلية من التجهيز والتكفير والدين كانه قال اوصيت لفلان بالدراهم التي هي من بيت مالي الفارغ عن حاجتي فكانت الجمع مضافة معنى **قوله** وكذا يعتبر اعتبار العدد لتحقق النظر قلت هذا انما يتم اذا لم تحصل جماعتهن النظر الى عورتها وليس كذلك لان الحاجة تامة الى نظر الجماعة او الواحدة اذ الحلف الشهادة لا يبقى فيه الا واحد لحاجة اليه لاحتمال انها لحوف اربعين فلابد من نظر غيرها ايضا ثم الا يرى ان العدد في شهادتهن احوط وانما يمكن للجماعة من الاداء اذا تحملت الشهادة ولا يحمل الا بالنظر فكان نظر الجماعة جائز بالضرورة الا ان يقال ان وقوع النظر الى العورة على حسب الاحتياج اليه في اداء الشهادة والاحتياج اليه اذا كان العدد شرطا اكثر منه اذا كان مندوبا فيكثر النظر الى العورة اذا قيل باشتراط العدد ويقل لكونه مندوبا وانما ابيح للضرورة وبالجملة ان في الشهادة النساء في قلة النقصان باعتبار قلة الحفظ والضبط يقتضي ان يشترط العدد فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه واباحة النظر اليه ايضا واباحة النظر الى العورة بضرورة الاحتياج الى الشهادة مع الاصل فيه الحرمة فيقتضي ان لا يستحب العدد ايضا فقلنا بالاستحباب وعدم الوجوب عملا بالدليلين بالقدر الممكن والله اعلم ثم اللام لا يبطل معنى الجمعية عند محمد رحمه الله علم رواية الاصل ذكره في الشامل في كتاب الوصية في المسئلة المذكورة فلا يتم التمسك بهذا الحديث على تلك الرواية من قبل محمد رحمه الله فح يكون متشبثه هو التعليل الثاني اعني قوله ولانه انما سقطت الذكورة **قوله** لانها ما بدت تولد اذ البكارة اصل وحاصله ان الشهادة متى بدت لو كانت حجة والبكارة في الناس اصل فما ذا قلت لانها لم يبدت شهادتهن بما هو الاصل فان قلت هي ثابت بمجرد شهادتهن عن مودة فلابد من ان يستحلف البايع حتى يثبت نكوله الى شهادتهن وليست سوى ما وجه اشتراط للتوكيد لشهادتهن والنص للوجيب لقبول شهادة النساء

جايزة فيما يستطيع الرجال النظر اليه مطلق نحو قوله المويد والزيادة على النص بالراي لا تجوز
وان كان من اخبار الاحاد الا ان يقال قد شرط الشارع في شهادة المراة فيما يستطيع الرجال النظر
اليه انضمام اخرى مثلها وعلله بقوله ان تضل احديهما فتذكر احديهما الاخرى اشار الى ان في شهادة المراة
نقصانا وهو عليه النسيان وقلة الحفظ والضبط وانه لابد وان ينضم معها لجبر هذا النقصان وهو شهادة
اخرى مثلها معها ومن العلة توجب اشتراط امراة اخرى مثلها معها وهذه العلة فوجب
اشتراط امراة اخرى فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ايضا مع ان الشارع لم يشترط فيه العدد تعليلا
للنظر الى العورة فاشترط مكانها مويدا فوجب لجبار ما فيهما من النقصان واذا لاشتراك في الحكم
حتى شرط مالك العدد ثنا ايضا وكون اتحاد مقام العدد مويدا تعليلا للنظر والله اعلم **قوله** لينضم
نكوله الى قولهن فان قلت ما معنى انضمام نكوله الى قولهن وكل واحد منهما يثبت ما يثبته الاخر
يثبت بقولهن للعيب في يد المشتري ونكوله في يد البايع فلا يفيد انضمام احدهما الى الاخر قلت فايدة من
الانضمام يظهر في حدة حكم اخر وهو تمكين المشتري من الرد لان تمكنه منه لا يكون الا بثبوت العيب في الحال
وفي يد البايع ايضا وذلك لا يثبت الا بانضمام نكوله الى قولهن والمعنى لينضم نكوله الى قولهن فيثبت له ولا بد
الرد كذا في الحاشية فان قيل ينبغي ان لا يكون انضمام نكوله شرطا لان شهادتهن مادت موبدة بالسابقة في الحال
قلنا الظاهر يعارضه ظاهر اخر وهو ان الاصل في النساء البكارة فيحتاج الى انضمام نكوله ثم لفظها وفيه نظر
لان الثيابة في الحال لا يثبت الا بقولهن فاستحال ان يتاكد قولهن به ولان المفهوم من الحاشية ان اشتراط
النكول انما هو ليتايد قولهن به وهو غير مستقيم لان النكول يصلح علة لثبوت العيب وما يصلح علة لا يصلح مويدا
ولان الثابت بقولهن في يد المشتري ونكوله في يد البايع فلا يصلح النكول مويدا لاختلاف موجبهما
قوله والعيب يثبت بقولهن اي في الحال فيحلف البايع انه لم يكن بها هذا العيب حين كانت في يده وانما
احتيج الى شهادتهن في اثبات العيب بها في الحال في حق التحليف لما ذكر في باب العيوب
بقوله ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البايع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده اي عند المشتري
لان القول وان كان قوله لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب في يد المشتري ومعرفته بالحجة كذا في الشرح
في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق ان شهادة انما تكون حجة اذا تايدت بمويد اما الا لزام فيه فيثبت
بقولهن بلا مويد كالولادة تثبت بشهادتهن وان لم يكن هناك فراش قايم او حبل ظاهر واقرار الزوج بالحبل
والنسب لا يثبت بها الا اذا تايدت بها باحد من الاشياء الثلثة ومما نحن فيه لا يثبت بشهادتهن
سوى قيام العيب في يد البايع وهو لا يثبت بشهادتهن وانما يثبت بنكول البايع
قوله فلان النصوص الخ تعت باشتراطها اذ الامر فيها بنوع اللفظ وللامر بلفظ يوجب
اتيانه بمدلوله ومدلول لفظ الشهادة لا يمكن اتيانه الا بلفظها لانها من التوكيد
ما ليس في غيرها من الالفاظ وما لا يمكن اتيانه الواجب الا به يجب كوجوبه بخلاف
الامر بالتكبير فانه وان ورد بلفظ التكبير قال الله تعالى وربك فكبر ولكن غيره

من الالفاظ يدل على ما يدل عليه لفظ التكبير فجاز اقامته مقامه نعم يشكل بالمفاوضة
فانها موردة بالمفاوضة قال النبي عليه السلام فاوضوا فانه اعظم للبركة وقال عليه السلام اذا
فاوضتم فاحسنوا المفاوضة وقد نص في البزدوي ان غير لفظ المفاوضة لا يودي معناه مع ان المسئلة
منصوصة في الكتاب ان عقد المفاوضة كما يصح بلفظ المفاوضة يصح ببيان جميع ما يقتضيه عقد
المفاوضة **قوله** يقتصر على ظاهر العدالة فان قيل ان مذهب قولهم الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق
بل الظاهر يكفي لا للاستحقاق اذا لم ينازعه احد كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده الثابتة
واذا لم ينازعه المشتري في ذلك كذا في الشرح وفيه بحث سنذكره في كتاب العمران شاء الله تعالى
قوله لقوله عم المسلمون عدول بعضهم على بعض فان قلت يعارضه حديث اخر وهو قوله عم
خير القرون قرني الى قولهم ثم يفشو الكذب وهو يمنع العدالة قلنا لا تعارض لحمل قوله المسلمون عدول
في القرون الاول والثاني والثالث وفيه كذا في الحاشية ووجه النظر ان اباح رح تمسك بقوله المسلمون عدول
على جواز الاقتصار بظاهر العدالة في الازمان كلها فلو كان هذا الحديث محمولا على القرون الثلاثة لم يصح
التمسك به على هذا الوجه والتخلص من المعارضة ان النصين لما تعارضا صرنا على القياس والقياس
يقتضي اعتبار الظاهر في الشهادة على ما ذكر في الكتاب او نقول جاز ان يجعل قوله عليه السلام
المسلمون مخصصا لقوله ثم يفشو الكذب فانه يوجب اعتبار العدالة في باب الشهادة وقوله
عليه السلام يفشو الكذب بنفسه مطلقا مخصص به او بقوله معنى قوله ثم يفشو الكذب هو الغشو
بالنسبة الى القرون الثلاثة لان العدالة لا يبقى ظاهرة في غيرها ومعنى قوله عدول هو ان العدالة
ظاهرة وبالظاهر واجب بقوله عليه السلام نحن نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر له اي لمحمد رحمه الله ان التزكية
في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتني على ظهور العدالة وبالتزكية فيكون في معنى علة العلة
فلا بد من العدد **قوله** اذا كانت ولاية القضاء مبنية على التزكية وكانت بمعنى العلة وجب ان يضمن
المزكون اذا رجعوا ولا يضمنون عنده على ما يجيء **قوله** بان ولاية القضاء مبنية على التزكية فاذا كان
في معنى علة العلة من وجه دون وجه فيشترط العدد والعدالة احتياطا ولا يضمن المزكون اذا رجعوا
لتعذر ايجاب الضمان بالشك وايضا المتلف هنا مستحق لما القضاء بشهادة الشهود والمتلف
متى استحق سقط الضمان والي ان لا يجب وكذا ان القضاء بشهادة الفاسق والمستور نافذ فبقي في حق الكل
ما بعث الشهادة بخلاف رجوع الشهود فان الشهادة يبطل في حقهم بالرجوع والقضاء مبني عليها فيبطل ايضا
ومتى بطل القضاء ضمنوا حيث لم يبق للحق مستحق للمدعي في حقهم وقد اتلفوه بالشهادة فيضمنون **قوله**
ليس في معنى الشهادة الخ يشكل بما سياتيك من قوله وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله لان التزكية اعمال الشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت في معنى علة
العلة فهذا اللفظ وقد اعتبر ابو ح رح التزكية في معنى الشهادة في حكم الضمان ولم يعتبر في معناه في اشتراط العدد
فصل **قوله** احدهما ما يثبت حكمه بنفسه اي لا يحتاج الى الاشهاد بل يجوز للشاهد ان يشهد بدون

قلت قوله في بيان القسم الثاني لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل
يشير الى ان المراد بقوله ما يثبت حكمه بنفسه انه لا يحتاج الى اثبات حكمه الى شيء من حق الشخص كالنقل
الى مجلس القضاء ليشترط ابانته وتحميله حيث جعل الشهادة غير موجبة باعتبار احتياجه الى النقل الى مجلس
القضاء لا باعتبار احتياجه الى التحميل كيف واحتياجه الى التحميل بنا على انه غير موجب بنفسه طو وكونه
غير موجب بنفسه باحتياجه الى التحميل لزم الدور فلما كان الشهادة غير موجبة بنفسها باعتبار
احتياجها الى النقل لزم ان يكون نحو البيع والاقرار موجبا بنفسه باعتبار عدم الاحتياج الى النقل
فلا يجوز تفسير كونه موجبا بنفسه بعدم احتياجه الى التحميل قوله لانه حصل له العلم وقد
يقال حصول العلم لا يكفي بل لا بد من المعاينة حتى لو حصل العلم بالتواتر لا يسعه ان يشهد قوله
وانما يصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من التحميل يعني انه لا احتياج الى النقل والنقل حجة فلا بد
من ابانته وقد يقال هذا يقتضي انه لا بد من التحميل وان كانت الشهادة في مجلس القضاء وقد ذكر الشارح
انه لو شهد في مجلس القضاء حل للسامع ان يشهد على الشهادة من غير تحميل فلعل المسئلة ممنوعة
عند المصنف واليه اشير في الكافي حيث قال في تعليل اشتراط الاشهاد ولانه تصرف على الاصيل من
حيث زوال ولايته فيعتد قوله على المشهود عليه وازالة الولاية الثابتة للغير حرام عليه فلا بد من الابانة
والتحميل هذا كلامه وانه لا يفرق مما لا يفرق مما اذا كانت الشهادة في مجلس القضاء او في غيره ولو صلح
انه لا حرج فيه فالشهادة لا تصير حجة بمجرد النقل الى مجلس القضاء بل لا بد في ذلك من اتصال القضاء
فاذا لم يتصل به القضاء بعد شهادته بغير حجة وجعلها حجة حق الشاهد فلا تثبت هذا الحق لغيره الا بابانة
والتحميل والله اعلم قوله ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب صورته اذا
سمع الرجل من الناس ان فلانا ابن فلان يسعه ان يشهد بذلك وان لم يعاين الولادة
على ذلك التوارث والتعامل ولان سبب النسب العلوق ولانه لا يمكن الوقوف على حقيقته
لانه امر مبطن لا يعلمه الا الله تعالى وسبب العلوق وهو الوطي يكون سرا من الناس لا يعلمه الا
والولادة لا يحضرها غير القابلة فتعذر الوقوف على حقيقته فلم يكلف الشهود حقيقة واكتفي فيه بالدليل
الظاهر وهو الشهرة قوله ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم
الظاهر مشعر ان قوله لان الشهادة مشتقة من المشاهدة دليل تام والمقدمة الثانية منه محذوفة
انما مشتقة من المشاهدة وهي منتفية ههنا وقوله وذلك بالعلم دليل اخر اي وبيان ذلك اي الشهادة
انما يكون بالعلم لقوله عم اذا علمت مثل الشمس فاشهد ولم يحصل العلم بالسامع قوله ولم يحصل
فان قلت التواتر عند ابي حنيفة رحمه الله شرط وبالتواتر يحصل العلم ولا منع من نفي العلم هنا اجيب
بان مرجع التواتر في هذه الاشياء الى الاحاد وعلى ما ذكر المصنف رحمه الله ان من الاشياء ما يختص
بمعاينتها واحد من الناس اجال ارادة بقوله وذلك بالعلم وعلم المعاينة اي الشهادة مشتقة
من المشاهدة والمشاهدة هي المعاينة وبالاخبار لا يحصل المعاينة فلا يجوز الشهادة به

قال

قال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد شرطا والشهادة علم المعاينة لان العلم بالشمس
علم المعاينة على ان المذكور في الكتاب قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله حيث قال اخبره من يثق به
ولا بد من التواتر وعند ابي حنيفة رحمه الله ولا شك ان يحصل العلم اذا اخبره من يثق به قوله
وجه الاستحسان ان هذه الامور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها
احكام تبقى على انقضاء القرون الخ بنى المصنف رحمه الله جواز اداء الشهادة في هذه الاشياء
بالتسامع على اختصاص معاينة اسبابها بخواص من الناس وصرح في البيع بان معاينته لا تختص بالخواص
فلم يسمع وبنى صاحب الذخيرة جواز اداء الشهادة بالتسامع في النكاح والنسب والموت وولاية
القضاء على النفاذ الموقوف عليها وكونها مما يشتهر وقوعا وبعدا اما تعذر الوقوف في النكاح
وولاية القضاء فلان صحتها يبتنى على امور لا يوقف عليها الا كما مر واما في النسب فلان نسبة المولود
منه ولا يعلمه الا الله وسبب العلوق الوطي ولا يعلمه الا الوالدان والولادة لا يحضرها غير القابلة واما في
الموت فلانك ترى انسانا عليه زي الموتى وهو حي وترى انسانا حيا عليه زي الاحياء وهو ميت
واما الشهرة فلان النكاح يكون بمحضر من الشهود ويتخذ لذلك وليمة ثم الناس يرون يدخل هو عليها
ويقولون هذه زوجة فلان والنسب يكون بالولادة وانها تكون بين جماعة من النسوان غالبا
ثم يهنى بعد ذلك لاجلها ويتخذ لذلك وليمة ثم الناس يقولون هذا ابن فلان والموت يكون بمحضر
من الجماعة من الناس ثم هم يجتمعون للصلوة والدفن والتعزية وتقليد القضاء يكون بمحضر من الناس غالبا ثم
يكتب له منشورا ويقرا على رؤس الخلائق ويجمع الناس كل يوم ليفصل الخصومات بينهم فلما كانت هذه الاشياء
الاربعة مما لا يمكن الوقوف على حقيقتها فاكتفي فيها بالدليل الظاهر وهو الشهرة وقوعا وبعدا فاقيمت مقام المعاينة
اما الاملاك فلا يجوز الشهادة فيها بالتسامع لانها ان كانت تشتهر بعدا فلا تشتهر وقوعا في الغالب بخلاف
هذه الاشياء فانها تشتهر وقوعا وبعدا والشهرة اقيمت مقام العيان وجعل صاحب الذخيرة قوله
ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون دليلا اخر حيث قال ولان هذه الاشياء يبقى بعد انقضاء القرون
فلو لم تجز الشهادة بالتسامع لتعطلت تلك الاحكام قلت ما ذكر المصنف رحمه الله من الفرق بين هذه الاشياء
والبيع محل تامل اذ البيع فلا يقف عليه غير المتعاقدين اما النكاح فيشترط فيه الشهود ويحضره جمع كثير
عادة وايضا على قول ابي حنيفة رحمه الله لا تجوز الشهادة بالتسامع في النسب والقضاء والنكاح الا في الصحيح
وذلك فمن يتصور تواطؤهم على الكذب ليحصل له العلم بخبرهم فيحل له اداء الشهادة فلو كانت هذه الاشياء
يختص بمعاينتها الخواص كان مرجع الخبر الى الاحاد فلا يقع العلم بالتواتر الا ان يقال في اشتراط التواتر
فائدة لانه يحصل به علم طمانينة فلما لم يكن اشتراط علم اليقين شرطنا علم الطمانينة بالدليل
بالعقد الحكمي وما ذكر في الرحصر منظور فيه للقطع بان الوقف على النكاح يسر حيث يحضرهما
جماعة من الناس وما قال ان مبنيا مما على الملة حقيقة بل يكتفي فيها بظاهر الاسلام والاسلام في الظاهر
مما يوقف عليه ولو سلم فالشهرة لا تصلح دليلا على كونه ثابتا في الحقيقة ومعاينته ويبين الله وقيام الملة

حتى يقام الشهرة مقام العيان وقد يقال ان الشهادة لا تحل الا بالعلم وهو لا يحصل الا بالمعاينة او بالتواتر
فينبغي ان تحل الشهادة بالتواتر في الامور كلها غير ان التواتر في الغالب لا يكون في الاملاك واسبابها قلت
لا يجوز الشهادة بالتسامع ولو تواتر سبب الملك او الملك لرجحان الاحاد فلا يقبل التواتر علم العدل
اما النكاح والنسب والقضاء فتواتر وقوعها ويقال على ما ذكر في الذخيرة فيحل الشهادة فيها بالتسامع وهذا
ايضا غير مستقيم للتقطع وبان القضاء يعاينه خواص من الناس لا يحصل العلم لغيرهم فيكون الى الاحاد
على ما عرف في البزدوي في اخبار الاحاد والاخبار يسمى غريبا على ما ظاهر هو الاحالة الى تعامل الناس
واستحسانا بانهم لما هم علمهم تعاملوا الشهادة في هذه الاشياء بالتسامع والتعامل حجة قوله باشتهار
وذلك بالتواتر وباخبار من يثق به هذا المحمول على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذ لا بد من التواتر عند ابي حنيفة
رحمه الله قوله لم تقبل شهادته لانه يستدل بالتفسير على انه اعتراه شبهة واما اذا اطلق يستند الى علمه بغمة
ونظيره الارسال فالمرسل اقوى من المسند اذ الاسناد لا يخلو عن نوع شبهة كناية تحمله على ما يحل
عنده بخلاف ما اذا ارسل فانه يدل على قوة علمه به كانه سمعه من فم الرسول عليه السلام
قوله ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة اى من شهد على موت فلان واسند
شهادته الى حضور جنازته او دفنه فهو معاينة وذلك ان معاينة حقيقة الموت متعذر لجواز ان يكون
سكتة ولا طريق اقوى لحصول العلم بالموت لانا نرى انهم يصنعون به ما يصنع بالموتى فكانت هذه الرؤية كمعاينة
الموت فلو فسر للقاضي يقبل قوله ينبغي اعتبار التسامع في الولاء وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وقول ابي يوسف
رحمه الله اولا وقول محمد رحمه الله مضطرب وقد يشكل الفرق في قول ابي حنيفة رحمه الله بين الولاء والدخول اما على
ما ذكر المصنف رحمه الله من وجه الاستحسان فالظاهر لان كون الولاء بالعتق والمولى يسند والاشهاد
ومبناه على الخفاء فالغالب انه لا يباشر بحضرة واحد كالدخول فيجب ان يعتبر فيه التسامع كما في الدخول لا يشتهر
واما على ما ذكر في الذخيرة من ان المعتبر في التسامع هو الاشتهار وقوعا وبقاء فلا يخفى ان الدخول لا يشتهر وقوعا
كيف وانه لا يوقف عليه وفي الغالب لا يقف عليه غير واحد فيجب ان لا تحل الشهادة فيها بالتسامع كما لا تحل
في الولاء وجوابه ان حقيقة الدخول وان خفي فالخلوة الصحيحة التي جعلت كالدخول في لزوم المهر والعدة وتاكد المسمى
تشتهر وقوعا وبقاء اما وقوعا فلان الناس يجتمعون لاجل الوليمة يشاهدونه على ما عليه العادة قوله ولا بد كذلك
النسب والنكاح فان قيل في النسب ايضا لا يحضر الا القابلة فقط القابلة يحتاج الى الاعانة كالولادة والموت وفيه نظر
لان القابلة انما يحتاج الى الاعانة الى النساء دون الرجال فينبغي ان لا يشترط اخبار الرجلين او رجل وامراتين بل يجب
ان يكفي بشهادة النساء قوله لان اصله هو الذي يشتهر فان قلت لا حاجة الى الاشتهار بل يكفي باخبار من يثق
به على ما قرر في الكتاب يجيب بانا قد ذكرنا ان التواتر في الاخبار يشترط عند ابي حنيفة رحمه الله وانما لا يشترط ذلك عند ابي
يوسف وانما لا يشترط ذلك عند ابي يوسف ومحمد وشروط الوقف لا تشتهر عادة فلا تحل الشهادة
بالتسامع وهذا تعليل المصنف خرج على مذهب ابي حنيفة رحمه الله ثم التعليل بقوله
لان اصله هو الذي يشتهر بشرط لان الموجب لاطلاق الشهادة بالتسامع انما هو الاشتهار

وليقوم

در قهر مار کالی نسخه

ليقوم مقام المعاينة وقد سبقت الاشارة في قوله وجه الاستحسان ان هذه امور يختص
بمعاينتها خواص من الناس فلو لم تقبل فيها التسامع ادى الى الحرج مع ان الموجب لذلك عدم الاشتهار
واختصاص الخواص بمعاينة اسبابها فمتى كان اصل الوقف مما يشتهر دون شرائطه
لزم ان تقبل الشهادة بالتسامع في الشرط دون الاصل فيعكس ما ذكرنا قوله وكذا اذا عاين
الملك بحدوده دون المالك بان عاين ملكا بحدوده ونسب ذلك الملك الى فلان بن فلان وهو
لم يعاين فلانا بوجهه ولا يعرفه بنفسه فالقياس ان لا يحل له الشهادة لان الجهالة في المشهود به تمنع تحمل الشهادة
كذا في المشهود له وفي الاستحسان يحل لان الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع وكانت هذه
شهادة لمعلوم بمعلوم توضيحه ان صاحب الملك ربما يكون امراة لا تخرج فلو اعتبرنا معرفتها بنفسها لجواز
الشهادة بالملك ليبطل حقها فسقط اعتبار التعرف واكتفى به بالتسامع فاذا سمع ان هذه الضيعة لفلانة
وفي يدها ووقع في قلبه ان الامر كما سمع حل له ان يشهد لها بالملك كذا في الذخيرة فان قيل يلزم ان يشهد
على مالك الملك بالتسامع لا يجوز قيل انما لا يجوز اذا كانت الشهادة في حق المال قصدا اما اذا كانت الشهادة
بالتسامع في حق النسب وفي ضمنه ثبوت المال يجوز وهنا كذلك لانه لما سمع ان هذا الملك لفلان يحصل له
العلم بنسب المالك بالتسامع ويثبت ملكه في ضمنه كذا في الشرح قلت اما اولا فلما ذكر في الذخيرة في فصل
الشهادة بالمواريث حيث قال واذا شهدوا ان فلانا مات وترك هذه الدار ميراثا لفلان ابنه
هذا لا يعلمون له وارثا اخر غيره ولم يدركوا فلانا الميت لا يقبل شهادتهم لما تحلل في خبر الميراث لانهم
جزؤه ولا في النسب والموت من حيث انهم شهدوا بها بالمشهود والتسامع فان ما لا يكون مملوكا للميت
لا يصير ميراثا للورثة فاذا لم يدركوا الميت لم يعاينوا سبب الملك منه في الدار ولا كون الدار في يده بغير
فيها تصرف الملاك فعلم ان شهادتهم بالملك للميت بحكم الشهرة والتسامع والشهادة
في الاملاك بالشهرة والتسامع لا يجوز هذا لفظه ووجه الاشكال ظاهر وجوابه ان الشهادة بالتسامع
وان جازت فيما يؤدي اشتراط المعاينة الى الحرج ولكن علم القاضي انهم شهدوا بالتسامع لا يقبل الا يرى انهم
قد فسروا وقالوا انا نشهد بالتسامع لا يقبل واذا علم القاضي الى انهم لم يدركوا الميت فقد تعين ان الشاهد
يشهد بالتسامع وعلم ان القاضي ليس باقل من تفسير الشاهد وعدم قبول الشهادة لعلم القاضي
بانهم شهدوا بالتسامع لا يقتضي عدم جواز الشهادة بالتسامع واما ثانيا فلانه لو وقع الدعوى في العقار
لا بد ان يشهد المشهود باليد عن معاينة صرح بذلك في الذخيرة وما ذكرنا من ان المالك ربما يكون امراة
الخ يوجب ان لا يشترط له الشهادة في دعوى العقار عن معاينة يدها الا كفى بالتسامع هنا واشتراط
المعاينة ثم مشكل واما ثالثا فلان المقصود بالاثبات هنا انما هو ملك المال والبينة قائمة لا على النسب لان الدعوى
وقعت في ملك المال دون النسب قوله لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته مشكل لان معرفة
نسب الشخص معرفته يوجب الاستحالة ان يعرف نسبه شخص مجهول المسئلة موضوعها اذا لم يعرف المالك بالشاهد
بوجه وان المقصود الشهادة على الملك وقد مر ان الشهادة على الاملاك لا يجوز الا بالمعاينة ثم هذه المسئلة اي قوله

وكذا اذا عاين الملك دون المالك على فرده وهو ان تعاين الملك بالحدود ليشهد الى فلان بن فلان الفاني
لا يعرفه بوجه ولم يعرفه بنسبه حل له ان يشهد لا يمكن له جهتها الا بالتزام معاينة العدلين بشرط بل يكفيه التسامع كما نص عليه
في الذخيرة ولكنه يخالف الحصر المذكور في قوله ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والله اعلم بما هو
الصواب ثم وضع المسئلة في الحدود تيسير لان المعاينة انما سقطت في اليد على الحدود ولا في يد والاملاك
وهو اقرب الى العصر لان به الحد فلما تعين في الحدود باب من يقبل الشهادة ومن لا يقبل قوله وصار كالحد
والقصاص وذلك ان الاصل في الشهادة عند ظر بان يشهد بما يخلو عنها جنس الحجج هو الرد فيستوي فيه
كثير والخاصة الا انها تقبل عند مساس الحاجة في غير الحدود ودفعا للحرج كما في الشهادة فان الدعوى فيه يكثر ولها
وجانسه الى الشهادة على الشهادة كلا شهادة الاعمى لان العمى نادر وما ذوي البصر كثير **قوله** لان الاهلية
بالموت انتهت يعني ان الموت منهي للاهلية والشيء بانتهائه يتقرر والمتقرر في حكم الباقي فكانت الاهلية باقية
حكما ولهذا نوع مساعدة بيع ما مر في الفرق بين الوجه والوكيل من قوله ووجه الفرق ان الوصاية خلافة
لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة فانابة لقيام ولاية المنوب
متوقف على العلم بهذا الكلام ووجه المنافرة ظاهر حيث اعتبر اهلية الشهادة باقية بعد الموت باعتبار المنتهى بالموت
والمنتهي في حكم الباقي لكونه مانعا اي نفسه وغيره عن القذف وقد يقال كيف يتصور ان يمنع الرد نفس
العاقذف عن القذف ثانيا والرد بعد الرد غير منصور **قوله** انه منصور في حق الكافر اذا اردت شهادته حيث
يصير بالاسلام مقبول الشهادة فيصير للرد بالقذف في حالة الكفر ما بعا عن قذفه بعد الاسلام **قوله** بخلاف
العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده ترد شهادته بعد العتق وقد يقال بدر العبد لا ينعقد
موجبا فلم ينقلب موجبا بعد ذلك كالزنا اذا وجد في دار الحرب ثم خرج الزاني الى دار الاسلام لا يحد لان زناه حين وجد
لم ينعقد موجبا للحد لعجزنا عن اقامته فلم ينقلب موجبا بعد ذلك **قوله** لان الاجتهاد مساغ فعند الشافعي رحمه الله مانع
وقد يقال التستر من السترة الى الركبة ايضا مجتهد فيه فان مالكا رحمه الله لا يراه واجبا ان الواجب عنده
السترة السوءتين مع انه لا يقبل شهادة من يدخل الحمام بلا ميزر **قوله** او هو استثناء منقطع كما ذكر في النكتة
الاولى لان شرط الاستثناء المتصل ان يدخل المستثنى في حكم الصدر لولا الاستثناء والثابت لا يحتمل ان يكون فاسقا
او التوبة تزول الفسق بالاجماع فلم يوجد شرط المتصل فيجب ان يكون منقطعا فلا وجه لجعله متصلا **قوله** والابدي
منجزة والتجوز ابرزوا برحوا وبحمدون والابدي منجزة اي يد كل واحد من الزوجين مجتمعة بنفسها غير منصرفة
في ملك الاخر فكانت الزوجية نظير الاخوة او دونها **قوله** لان تارك المروة مرد للرجل اذا صار
ذا مروة وبالفارسية مردمي كردن يعني سر موجب عقل نيتن كذا قيل وهذا تناول التقوى ايضا لانه عمل بموجب
العقل فالاولى ان يقال التقوى ما يذم بتركه شرعا والمروة ما يذم بتركه عرفا وكل من مرتكب الذنب وتارك
المروة متهم بالكذب لانه قد اتى بجنس المذموم ومن اتى بشيء وكان متهما بما يجانسه والكذب من جنس ترك
المروة وان كان فيها مذموم ومن لا يكسب مذموم او نقد قيل اذا ظفرت وقد علمت لما علم ان لفعل
اخوات وهنا كيت وذلك ان ارتكاب الصغيرة لا يقدح في قبول الشهادة فترك المروة اولى

وجد ان زنا في دار الحرب ... لا ... دار الاسلام ... لا ... [illegible]

ان لا يقدح

ان يقدح فيه والجواب ان القياس في مرتكب الصغيرة هو رد شهادته غير انه لم يشترط الاجتناب عنها
بالكلية لئلا ينسد باب القبول اذ الانسان قلما يخلو عن الصغيرة بخلاف المروة فان الانسان كثيرا ما يخلو ليس
كالانسان بارتكاب الصغيرة على ان ترك المروة ان قدح في الشهادة او اعتبار ذلك ومن اعتبار الصغيرة
ترد شهادته ايضا انما لا ترد اذا وقعت الصغيرة منه احيانا **قوله** ولا يقبل شهادة من يظهر سب السلف
اي الصحابة فان من سب واحدا منهم لا يجوز شهادته فهنا اولى **قوله** بخلاف شهادة الذمي على المسلم فانه لا يجوز
مقصودا حتى لو ادعى مسلم وكالة من نصراني بكل حق له بالكوفة واحضر غريما مسلما فاقام عليه
شهودا نصرانيا لا يقبل لانها شهادة نصراني قامت على مسلم مقصودا وان احضر نصرانيا قبلت لكونها
حجة على النصراني فاذا قبلت وقضى له بالوكالة وكالة كان ذلك قضاء على جميع الغرماء من المسلمين
وغيرهم حتى احضر غريما مسلما بعد ذلك والحجة وكالته لم يكلفه القاضي على اقامة البينة عليه لان القاضي
حين قضى بالوكالة على النصراني كان من ضرورته ثبوت الوكالة في جميع من الكوفة وقد يثبت الشيء ضرورة
ولا يثبت مقصودا كذا في الذخيرة وفيه لما ذكر في الزخيرة في الفصل الحادي عشر من كتاب ادب القاضي
مات عن ابن مسلم احد مما ثم شهد نصرانيا على الميت بدين فان استوفى كله من نصيب الابن النصراني
ولا يرجع هو على الاخ المسلم بشيء لان الاستحقاق ورد عليه بما هو حجة في حقه دون غيره بهذا اللفظ فلو كانت
شهادة الكافر ملزمة على المسلم ضمنا وضرورة لكان الاستحقاق واردا على الابن على النصراني والميت
مقصودا وعلى المسلم ضرورة كما يصح الوكالة في الزعم النصراني **قوله** لانه لا ولاية بالاضافة اليه فان قلت
يشكل بما ادعى مسلم ان فلانا النصراني مات واوصى اليه واحضر غريما مسلما وقام شهود من النصارى
قبلت الشهادة وكذا لو اقام نصراني بينة من النصارى ان فلانا مات وانه ابنه ووارثه لا يعلمون له وارثا غيره
واحضر غريما مسلما قبلت الشهادة مع انها شهادة الكافر على المسلم مقصودا اجيب بان القياس
ان لا يقبل الشهادة الا انهم استحسنوا لان المسلمين لا يحضرون عند الموت النصارى والا نصا يكون عند الموت
غالبا فلو لم يقبل شهادتهم على المسلم ادى الى تضييع حقوقهم المتعلقة بالموت والايصاء كذا النسب
انما يثبت بالفراش والفراش بالنكاح ونكاح الذمي لا يحضره المسلمون غالبا فلو لم تقبل لضاع
حقوقهم المتعلقة بالنسب الى هذا اشير في الذخيرة **قوله** فيكفي القاضي مؤنته بهذه الشهادة
مؤنته البيان في العراح كاركذاري كردن يقال كفاه مؤنته **قوله** ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد المسئلة
على وجهين اما ان اقام البينة ان شهود المدعي فسقة او زناة او اكلوا الربا او شاربو الخمر او على اقرارهم
ان المدعي مبطل في الدعوى او على اقرارهم انهم شهدوا بالزور في هذه الوجوه لا يقبل الشهادة اما ان
اقام البينة على جرح فيه ايجاب حق من حقوق الله تعالى او العباد كما اذا اقام بينة انهم زنوا ووصفوا
الزنا وانهم شربوا الخمر او انهم سرقوا مني او انهم شركاء المشهود او على اقرار المدعي انهم استاجرهم
على هذه الشهادة قبلت شهادتهم انما يقبل الشهادة على الجرح المجرد لوجوه احدها انها شهادة
على رد الشهادة ونفيها والشهادة على النفي باطلة والثاني ان الشاهد بالشهادة على الجرح المجرد صار

لان من سبنا لا يقبل شهادته فلو ... السلف ... احمد ... يطلب ... اذا احضر نصرانيا واثبت وكالته ... عند ... وان احضر ... مسلما واثبت ... لا يقبل

وكذا اذا وجه الى الغرماء فاحضر غريما مسلما واقام بينة من اهل الذمة تقبل وكذا لو اقام بينة من اهل الذمة انه ابنه واحضر غريما مسلما تقبل لان الحاجة لا تحضره في موت النصارى والايصاء

اما بينة على اقرار المدعي انه استاجرهم ... تقبل

فاسق لانه اظهر الفاحشة من غير ضرورة وهو حرام بالنص واما قوله عليه السلام اذكروا الفاجر بما فيه
فمحمول على ما اذا كان ضرورة يتعدى الى غيره ولا يمكن دفع الضرر عنه الا بالاعلام والضرورة ههنا
لان الخصومة تندفع بان يقول ذلك للمدعي او للقاضي سرا ولا يظهر ذلك في مجلس الحكم بخلاف ما اذا
شهدوا انهم زنوا او صعوا او شربوا الخمر او سرقوا مني لان في اظهار الفاحش ضرورة اقامة
الحد على الشهود وبخلاف ما اذا شهدوا على اقرار المدعي انهم فسقة لانهم ما اظهروا الفاحشة وانما حكوا
اظهار الفاحشة من غيره والثالث ان التاجر انما يقبل الشهادة على من يدخل تحت الزامه والزام اجراح
ليس وسعه لان الشاهد يدفعه بالتوبة قوله لان الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام هذا التعليل
لا يطرد فيما اذا شهدوا على اقرار شهود المدعي ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او انهم شهدوا بالزور
وكذا قوله ولا فيه هتك حرمة المسلم والمستحب لا يطرد فيما ذكر لانهم ما اظهروا الفاحشة بل حكوا بان اظهارها
من الشهود والا ان يقال بان اقرار الشخص بالفاحشة حجة عليه فيكون اثبات الاقرار عليه اظهار الفاحشة
كانه قال انهم شهود زور لانهم اقروا بذلك وقد يقال لان حد السرقة يدخل تحت الحكم مع ان له ان يدفع
بدعوى الملك لا سابك انه لو ادعى السارق ان المسروق ملكه لم يحد ويندفع عنه الحد بمجرد الدعوى بغير
اقامة البينة بل مع العجز عن اقامتها قوله لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم ويشكل هذا بما اذا شهدوا على
اقرار شهود المدعي انهم شهدوا بالزور او انهم اجراء في هذه الشهادة لا يقبل مع ان الاقرار مما يدخل تحت الحكم
الا ان يجاب بان معناه ان اقرار المدعي يدخل تحت الحكم وليس فيه اظهار فاحشة لان اقرارهم
لو ثبت بالبينة يثبت الفاحشة في حقهم لان الفاحشة يثبت باقرارهم الا انه ثبت باقرار المدعي فادفع
والاستيجار وان كان امرا زائدا لاحاجة في اثباته وقد يشكل بانه لو اقام البينة انهم شركاء المشهود به
يسمع ولا يخفى ان المدعي عليه ليس خصما في اثبات الشركة وجوابه ظاهر لان المدعى عليه وان لم يكن خصما في
اثبات الشركة بوجه الاصالة فهو خصم في اثباته بالنيابة للبرية من المشركا حيث لا يمكنه دفع الا باثبات
الشركة فيجعل خصما عن الغايب كما اذا ادعى عينا في يد اخر بسبب الشراء على الغايب على ما عرف بخلاف
اقامة البينة على انهم اجراء في هذه الشهادة اذ لا يمكن فيه ان يجعل المدعى عليه خصما
في اثباته بالنيابة عنهم بقوله على اثباته معنا وليس له خصم اصلا لانه استيجار باطل بخلاف الشركة فان
له خصما وهم الشهود حتى لو ادعوا الشركة يصح دعواهم اما لو ادعوا الاستيجار على اداء الشهادة لا يصح ولهذا اي ولان الشهادة
على جرح فيه ايجاب حق من حقوق الشرع او للعبد مقبولة قلنا كذا في الكفاية ولا يترتب على هذا او شريك المدعي لانه ليس
جرح الا ان يقال ان الجرح ما يقدح في الشهادة اعم من ان يكون فسقا او لم يكن ويحتمل ان يحمل قوله ولهذا اشارة الى ان ما يدخل
تحت الحكم وليس فيه اشاعة فاحشة تسمع بينة عليه فيترتب عليه قوله او شريك المدعي قوله قد ليس الا اسلام اوردن
قوله الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل قال في كنز الدقائق الشهادة ان وافقت
الدعوى والا لا ادعى دارا ارثا او شراء فشهدا بملك مطلق لغت وبعكسه لا قبلت
قلت ذكر هذه المسئلة بعد القاعدة المذكورة اشارة الى ان الشهادة انما لا تقبل فيما اذا ادعى

الملك

لان اقرار الشهود بالزور اظهار فاحشة ... رهم

الملك بسبب وشهدوا بالملك المطلق للمخالفة بين الدعوى والشهادة وذكر في النكاح في ادعى ارثا
او شراء فشهدا بملك مطلق لم تقبل وبعكسه يقبل والاصل ان الشهود اذا شهدوا باكثر
من الدعوى صار المدعي مكذبا لهم فبطلت شهادتهم واذا شهدوا باقل مما ادعى المدعي يقبل
والملك المطلق ازيد من المقيد لانه يثبت من الاصل والملك بسبب يقتصر على ما ادعى بما يكون لان السبب
من الحوادث الا يرى ان القضاء بالملك المطلق يوجب استحقاق الزوائد والقضاء بالملك بسبب
لا يوجب استحقاق شيء من الزوائد الا بسبب هذا كلامه وفيه اشارة الى ان البينة انما لا يقبل فيما اذا
ادعى الملك بسبب وشهدوا بمطلق الملك لتكذيب المدعي وتفسيقه اياهم لا لاجل المخالفة بين الدعوى
والشهادة لانهم يثبتون للمدعي مع الزيادة واثبات الزيادة على المدعي لا يوجب المخالفة بين الدعوى
والشهادة بل يوجب تكذيب الشهود وتفسيقهم فيكون الرد للتفسيق لا للمخالفة فبناء على المخالفة
مما سامح فيه وتوضيحه ان الدعوى فيما اذا شهدوا باكثر مما ادعى يقتصر على قدر الاقل اما دعوى المدعي الزيادة
فليس تداخل في دعواه حتى يداخل يكون الشهادة الشهود باثباته مخالفة للدعوى اذ
الدعوى عبارة عن اضافة الشيء الى نفسه عند المنازعة ودعوى الزيادة ليس من الاضافة في شيء
فلا يكون داخلا في الدعوى فلا يكون سبب الزيادة مخالفا لدعوى المدعي حتى ترد الشهادة للمخالفة
بل هو بسبب لا تفاه المدعي عن نفسه فيكون الرد للتفسيق لا للمخالفة قوله وبعد اتفاق الشاهدين
في اللفظ والمعنى والمراد باتفاقهما لفظا يطابق لفظهما على افادة المعنى بطريق الوضع ويشكل بما لو ادعى
عبدا على ذي اليد انه ملكه فشهد واحد انه اقر انه ملك المدعي وشهد اخر ان ذا اليد
اقر انه اشترى من المدعي يقبل ويقضى بالعبد للمدعي لاتفاقهما على الاقرار بالملك له اذ الاقرار بالشرى
اقرار بالملك له كذا ذكره في الكافي في متفرقات باب الاقرار ولا يخفى انه لا اتفاق بين الشاهدين
لفظا بالمعنى المذكور قوله ان المقصود من هذه الشهادة هو اقرار ذي اليد بالعبد للمدعي دون اثبات
الشرى وهما متفقان على هذا المقصود فكانهما صرحا بالشهادة على اقرار ذي اليد ان العبد له فكانا
متفقين في اللفظ بالمعنى المذكور لكنا نقول يشكل بان الاقرار بالملك قصدا والاقرار به في ضمن الشرى
مختلفان حكما الا يرى انه لو اقر بعبد لانسان ثم استحقه ابوه فمات الاب وورثه
المقر يؤمر بالدفع الى المقر له ولو اشتراه فاستحقه ابوه لا يؤمر بالدفع الى البايع وان صار مقرا
باقدامه على الشرى انه ملك البايع لان الاقرار لم يوجد صريحا بل في ضمن الشرى فيبطل ببطلان
الشرى فاذا كان الاقرار بالملك صريحا والاقرار في ضمن الشرى مختلفين حكما على هذا الوجه وجب
ان لا يقبل البينة في المسئلة المذكورة لاختلاف الشاهدين معنى ثم المراد بالوضع ههنا ما يقابل التضمين
ما لا يقابل المجاز بدليل لفظ الكافي من قوله والمراد باتفاقهما لفظا يطابق لفظهما
على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمين فيدخل في الاتفاق لفظا ما اذا كان لفظ احد
الشاهدين دالا على المدعى لفظا ولفظ الاخر دالا عليه مجازا او وضعا قوله وذلك يدل على اختلاف

اختلاف اللفظ من غير ترادف يدل على اختلاف المعنى المطابقي لو كان دالا على اختلاف المعنى لزم ان يشترط
اتفاق اللفظ بين الشهادة والدعوى ايضا اذ اتفاق بينهما معنى الشرط وذلك لان الاختلاف اللفظ
ان يدل على الاختلاف المعنى المطابقي لا غير والاتفاق معنى اعم من ان يكون في المعنى او غيره فان قلت ما وجه الفرق
بين الدعوى والشهادة وبين الشاهدين من حيث انه يعتبر اتفاق الدعوى والشهادة في المعنى مطلقا ويعتبر
اتفاق الشاهدين في المعنى المطابقي قلت الشاهدان اذا اختلفا لفظا واختلاف اللفظ يدل على اختلاف المعنى المطابقي
كان على كل واحد من المعنيين شاهد واحد فلا يثبت هو ولا في ضمنه فاما اذا اختلف لفظ الدعوى والشهادة مع اتفاق
الشاهدين في اللفظ يثبت ما ادعاه ضمنا لثبوت متضمنه لكمال النصاب عليه فيقبل الشهادة قوله بل هو جملتان
متباينتان فحصل لكل واحد شاهد واحد فان قيل الالف موجود في الالفين قلنا نعم اذا ثبت الالفان ثبت الالف في ضمنه
ولو لم يثبت المتضمن كيف يثبت ما في ضمنه كذا في الكافي ويشكل بما اذا برهنت المراة على الطلاق والامة على الاعتاق
على الوكيل بنقلهما من مكان الى مكان لا تقبل هذه البينة على اثبات العتق وتقبل في قصر يد الوكيل حتى يحضر الغائب
مع ان قصر يده انما يثبت في ثبوت العتق والطلاق وهما لا يثبتان ويثبت ما في ضمنهما في قصر يد الوكيل قوله انا نعلم
ان الطلاق والعتاق لا يثبتان مع ثبوت ما في ضمنهما من قصد الوكيل بنقل المراة والامة بل يثبتان لكن لا مطلقا ايضا بل
في حق يد الوكيل فحسب قوله لان المدعي لكذب شاهد القضاء لشهد بمال واجب فلا يقبل الشهادة قوله بهذا
كذاب في غير المشهود به الاول توضيحه ان المدعي اكذب احد شاهديه في المقتضاء وفي القضاء شهود عليه وتكذيب المشهود
عليه الشاهد لا يمنع قبول الشهادة والا ما قبلت شهادة لان كل مشهود عليه يكذب شاهده فان قلت تكذيب
المشهود عليه انما لا يمنع القبول اذا لم يشهد له والشاهد بالقضاء شهد له ايضا فاذا اكذبه وفسقه فيما شهد عليه وجب ان لا يقبل
شهادته فيما شهد له اجيب بان التحقيق فيما شهد له انما ثبت منتفي التكذيب فيما شهد عليه وقد كذب شرعا
في حق التكذيب على ما شهد عليه شرعا فسقط اعتباره فيما له ايضا فان قلت ذكر في العيون انه اذا شهد
على اقرار بالف وبانه قضاها وقال الطالب شهودي صدقة في الشهادة على الالف واوهموا في الشهادة
على القضاء تقبل شهادتهما بالف حق بالقضاء باطل وزفر لا يقبل شهادتهما لانه نسبهما الى الفسق قلت كانه
بناء على ما ذكر الطحاوي في اصحابنا بعد انه انه لا يقبل الشهادة في الالف ايضا قوله ولان التوفيق ممكن اعتبر
هنا امكان التوفيق واعتبر التوفيق بالفعل فيما اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة وسكت المدعي
اي ان الدعوى الالف فشهادة الذي شهد بالزيادة باطل لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو وفق
فقال اصل حقي كان الفا وخمسمائة او ابرأته عنها ولا يعلم بذلك الشاهد قبلت لزوال التكذيب بالتوفيق فلم يعتبر امكان
التوفيق بالفعل في دعوى المال قلنا ان يشترط وكما في دعوى الحد وانه يختلف في درية اولى وجوابه ان بعض
العلماء اعتبر التوفيق بالفعل وبعضهم اعتبر التوفيق بالفعل وبعضهم اعتبر امكانه فاعتبر التوفيق
بالفعل بناء على قول البعض واعتبر امكانه اجرى على قول الاخرين ويمكن ان يقال التوفيق في مسئلة
الفرق بين مقام ظهوره مقام التوفيق بالفعل فيكتفي بامكان بالفعل فيكتفي التوفيق وفي مسئلة اقل الكالئين وكرهما
التوفيق حتى يحتاج الى التوفيق ثم ذكر في الكافي فان قلت الاستدلال بالتوفيق من كلامي الشاهدين

احتمال

ادا المقبض يثبت بعد مسكل الفر

التكذيب فيما شهد له لا فيما شهد عليه

احتمال الاجلب الحد ثم اذا وقعنا وقبلنا الشهادة من قبل الشرع والاصل في حجج الشرع قبولها لا ارادها
فيشتغل بالتوفيق صيانة للحجة عن التعطيل لا لايجاب الحد ثم اذا وفقنا وقبلنا الشهادة يجب
الحد ضرورة لا قصدا به هذا كلامه قلنا الشهادة انما تصير حجة من جهة الشرع اذا تم نصابها وهو لا يتم
ههنا الا بالتوفيق فكان التوفيق احتيالا لجعلها حجة بعد ان لم يكن لا صيانة لما هو حجة عن التعطيل
بعد ثبوتها حجة وايضا الشهادة تصير حجة باتصال القضاء بها كما نص به في الكافي فلا يكون الاحتيال
المذكور لصيانة الحجة فالظاهر ان يقال الحد ان كان لا يصح الاحتيال في اثباته فاسق في ابطال ما يؤدي
الى سد بابه واجب والتوفيق ههنا من السعي فيه لان الدولة قلما يخلو عن اختلاف الا
ولو لم يوفق ادى الى باب حد السرقة وهذا بابه مفتوح قوله لان المقصود اثبات العيب وهو
العقد يختلف باختلاف الثمن قبل العقد لا يختلف باختلاف الثمن الا يرى ان الوكيل بالبيع
بان البيع بالغبن وان البيع بالف قد يصير بالغبن بالزيادة في الثمن والبيع بالغبن يصير بالف
بالحط وان المشتري لو كان جارية واختلفا في مقدار الثمن حل للمشتري وطؤها ولو كان اختلاف
الثمن موجبا لاختلاف العقد لما حل كما اذا ادعى احدهما البيع والاخر الهبة واما الاختلاف الشاهدين
في مقدار الثمن فلا يمنع قبول الشهادة لاختلاف العقد بل لان المدعي يكذب احدهما والجواب ان الوكيل
بالبيع انما يبيع بالغبن لرضا الموكل به دلالة لانه رضي بالاصل فالاولى ان يرضى بالاكثر لا باعتبار ان البيعين
واحد واما الحط والزيادة في البيع وهما لا يعتبران للعقد من ثمن الى ثمن بل يظهران الثمن لا يلحقهما
باصل العقد فيظهر في الانتهاء ان العقد بهذا الثمن في الابتداء فليس هذا من قبيل اختلاف الثمن في بيعين
واما حل الوطء للمشتري عند اختلاف المتعاقدين في الثمن فلان اختلاف السبب انما يبالي به اذا اختلف
حكمهما اما اذا اتحد فلا معتبر به وحكم البيعين متحد فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود بخلاف
البيع والهبة فان حكمهما مختلف اذ الملك الثابت بالهبة يحتمل الرجوع ويتوقف على القبض بخلاف
الثابت بالبيع هذا ولكن ذكر في الذخيرة في كتاب انه اذا اقر رجل انه مولى امراة اعتقته وقالت
المراة لم اعتقك ولكن اسلمت على يدي وواليتني فهو مولاها لانهما اتفقا على ثبوت الولاء الا انهما
اختلفا في سببه والاختلاف في سبب ثبوت الحق بعد الحكم لا يعتبر هذا باختلاف السبب
مع اختلاف حكمهما فان حكم ولاء الموالاة غير حكم ولاء العتاقة وذلك ان مولى العتاقة مقدم على
ذوي الارحام ومولى الموالاة مؤخر عنهم وولاء الموالاة يقبل الفسخ والتحمل بل ولا يقبل شيئا
من ولاء العتاقة قوله لان العتق لا يثبت قبل الاداء لان العقد انما يسقط اعتباره اذا
ثبت حكمه وحكم الكتابة الاصلي هو العتق وانه لم يثبت بعد فكان العقد مقصودا بالاثابة نعم يشكل بان
الكتابة غير لازمة في حق العبد لتمكنه من رفعها بالتعجيز وما يتمكن المرء من دفعه لا يدخل تحت القضاء
كالفسخ للمكاتب مما يمكن العبد من دفعه فلا يتحقق الالزام فلا يفيد القضاء قوله وان كان المدعي هو المرتهن
فهو لمن له دعوى الدين اعتبر دعوى المرتهن دعوى الدين دون العقد مع انه ربما يحتاج الى اثبات الرهن

العتق مقدم على الولاء والاختلاف في السبب لا ينافي ثبوت الحكم

ايضا واعتبر دعوى المولى الكتابة على العبد دعوى العقد دون الدين مع ان مقصود المولى هو المال وهو وجه
الفرق والله اعلم ان الدين في الكتابة تابع للعقد وفي الرهن متبوع اذ الرهن بني على الدين حقيقة او حكما
والترتب بعد ذلك ظاهر فليتامل ثم يشكل بما اذا ساوم رجلا بثوب وقال البايع ان نقصته من اثني عشر
فقال المشتري عبده حر ان اشتريته باثني عشر ثم اشتراه بثلاثة عشر يحنث في يمينه وكان ينبغي ان لا يحنث لان
شرط الحنث الشرا باثني عشر والشرا بثلاثة عشر غيره اذ العقد يختلف باختلاف الثمن وجوابه ان الحالف
وان ذكر المشتري فالمراد عرفا هو التزام اثني عشر درهما بهذا الشرى كانه قال ان التزمت اثني عشر درهما بشرا
هذا الثوب فعبده حر فاذا اشتراه بثلاثة عشر فقد التزم شراه اثني عشر درهما مع الزيادة وهو الزيادة على شرط
الحنث لا يمنع الحنث فان قلت سلمنا انه اراد التزام اثني عشر بهذا الشرا لا انه ذكر التزام ذلك بمقابلة
كل الثوب فلما اشتراه بثلاثة عشر فقد التزم اثني عشر بجزء من الثوب فلم يوجد الشرط قلنا اجاب عنه في الذخيرة
بالمنع وقال ان المشتري التزم اثني عشر بازاء الثوب لانه قابل ثلثة عشر بازاء الثوب والثوب اصل للكل
فيصير كل جزء من ثلثة عشر جزءا مقابلا بجميع الثوب والدليل ان البايع لو حط نصف الثمن يبقى الباقي ثمن الثمن
وانه مفسد الا ان في الاستحقاق يجعل بعض الثمن بمقابلة المستحق مع ان قضية العقد ان يكون كل جزء بمقابلة
الجملة لئلا يلزم المشتري جميع الثمن بازاء بعض الثوب وهو لم يرض به اما في غير الاستحقاق فلا ضرورة فيبقى كل
جزء بمقابلة الجميع اذا ثبت هذا يكون الشرا بثلاثة عشر الشرا الا اثني عشر بمقابلة الجميع فيتحقق شرط الحنث
ولكن هذا خلاف ما صرح المصنف به في باب الخلع من قوله اذا قالت طلقني ثلثا بالف
فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلاث بالالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف
لان حرف البا يصحب الاعواض تنقسم على العوض هذا كلامه وصورة لفظ لا يصح دليلا لما عرف من مذهبنا
ان لفظ ملحق باصل العقد ويصير كان العقد وقع بما بقي من الابتداء فلا يكون شيء من المبيع على العوض على تقدير انقسام
الثمن وهو ظاهر ثم الجواب بان من امتنع عن التزام الاقل بمقابلة الكل فهو اشد امتناعا من التزام الاكثر بمقابلته وكان
الزيادة مذكورة في الكلام ودلالة لان الزيادة في الثمن مجرد العقد والعرف لا يجوز اليمين انه ان اشترى بعد ان قال
عبده حر ان اشتره باثني عشر درهما باحد عشر دينارا او متاع قيمته درهم او اكثر لا يحنث في يمينه مع ان عرض الحالف
عرفا ان لا يلتزم اثني عشر درهما لانقص التزام قوله ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح فان قيل ينبغي ان لا
ليس كذلك فان من ادعى النكاح وشهد احد الشاهدين بالف والاخر بالف وخمسمائة لا تقبل بالاتفاق اما اذا كان المدعي الاقل
الاكثر والمسئلة بحالها يقبل وما نحن فيه دعوى المال فكيف يستوي الاقل والاكثر قبل البينة في صورة دعوى الاقل
انما لا يقبل لتكذيب المدعي شاهد الاكثر والتكذيب منه انما يثبت بمقتضى دعواه الاقل وفي مسئلتنا دعوى المال غير
ثابت معنى لان المال تابع في النكاح والمقصود هو الاصل دون التبع فتمكنت الشبهة في دعوى الاقل من ضرورة
تمكنها فيه تمكنا في التكذيب لثبوت مقتضاه والتكذيب لم يكن ثابتا ولا يثبت بالشك والعبارة الاخرى ان
دعوى الاقل فيما نحن فيه كالسكوت عنه من حيث انه غير مقصود فلا يثبت تكذيب الشهود فتقبل البينة
ويستوي الاقل والاكثر بخلاف ما اذا شهد احد الشهود قوله بالالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الالفا

لان

لان المقصود هناك بالدعوى المال فيثبت التكذيب بثبوت مقتضيه وهو دعوى الاقل فلا يقبل البينة
قوله فلا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له وهذا بالاجماع لكن على الاختلاف في تخريجه فعند [illegible]
ابو يوسف رحمه الله لسبب انه لا يقولان بالجر وعندهما لان المدعي اثبت لمورثه يدا في المدعا لانه في يد الذي
والمستعير يد المودع والمعير فكانه برهن انه مات والدار في يده ولو كان كذلك كانت البينة مقبولة فكذا هذا
قوله واصله ان متى يثبت ملك المورث لا يقضي للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له
قلت هذا اذا ثبت ملك المورث فاقامة البينة على انه كان ملكه اما لو ثبت باقامتها على اقرار المدعا عليه انه
كان للميت او على ان المورث اشتراها من ذي اليد فانه لا يكلف اقامة البينة على جر الميراث ووجه
الفرق انهم اذا شهدوا بانها كانت لابيه فالملك انما يثبت يوم الموت باستصحاب الحال وهو لا يصلح الا لابقا ما كان
لا للاثبات والحاجة الى اثبات الملك الوارث فلا يثبت بالاستصحاب بخلاف مسئلة الاقرار لان ملك البايع
للوارث هناك مضاف الى الاقرار لا الى بقا ملكه يوم الموت الثابت بالاستصحاب والاقرار ثابت بالبينة والبينة
بها يصلح للاثبات فاما ملك الوارث فيما اذا شهدوا انه كان لابيه مضافا الى كونه ملكا للاب يوم الموت لا الى كونه
الثابت معاينة وكونه لابيه يوم الموت بالاستصحاب وانه لا يصلح للاثبات اما اذا شهدوا ان المورث اشتراها من ذي اليد
فانما لا يحتاج فيه الى الجر لانه لما اقام البينة على الشرا وكل بايع مقر بالملك لمشتريه فكانه اقامها على اقرار ذي اليد بالملك
لمورثه وفي الشهادة على الاقرار لا يحتاج الى الجر كذا هناك في الذخيرة قوله ومما يقولان ان ملك الوارث
متجدد في حق العين اي في احكام يرجع الى العين وانما قيد به لان الملك الوارث في حقه هو عين ملك المورث
حتى يرد بالعيب على بايع المورث ويرد عليه بالعيب ويصير مغرورا بشرا المورث وذلك ان الوارث
خليفة الميت بالولاية التي له عليه فيكون ملكه متجددا في حق احكام ترجع الى العين كالاشترا او حل التناول
للغني ويكون عين المورث في حق احكام ترجع الى الوارث كولاية الرد بالعيب وكونه مغرورا بشرا المورث
هذا هو الاصل في اعتبار ملك الوارث في بعض الاحكام متجددا وفي بعضها غير متجدد فان قلت اذا برهن ان هذا
العين كان ملكا له يقضي به وان لم يشهدوا انه له في الحال وكذا اذا ادعى عينا في يد انسان انه اشتراه
من فلان الغايب واقام البينة على الشرا الا على ملك البايع وانكره ذو اليد فشهدوا انه كان ملكا للبايع
يقضي للمشتري وان لم يشهدوا على انه كان له يوم البيع لثبوته اتفاقا فينبغي ان يكون هنا كذلك قلت
ما يقولان ان كون العين ملكا للميت يوم الموت ثابت فاستصحاب الحال دون البينة والثابت حجة
للابقا لا للاثبات ومالكية الوارث لم يكن ثابتة وانما يثبت للحال لكان ملكا متجددا من وجه فباحد
الاعتبارين انسحاب حكم القضا بهذه البينة فبالاعتبار الاخر لا يجب بالشك بخلاف ما اذا شهدوا
انها كانت للمدعي وهو حي اذ ليس في القضا بتلك البينة اثباتا مر لم يكن لان ملك المدعي اذا ثبت
في الماضي بقي الى وقت اخر والاستصحاب حجة فيه اما هنا فهو لا يصلح لاثبات المالكية للوارث لانها لم يكن ثابتة
بخلاف مسئلة الشرى فان ثبوت الملك للمشتري مضاف الى الشرا الثابت بالبينة لا الى بقا ملك البايع وان
كان لا بد منه لاثبات ملك المشتري لان الشرى او ما جوداته موضوع للملك حتى لا يتحقق من غير ايجاب

الملك فيكون مضافا الى الشرا وانه ثابت بالبينة اما ههنا ثبوت الملك للوارث مضاف الى كون
المال ملكا للميت وقت الموت الثابت معاينة لان الموت ليس بسبب موضوع للملك بل للابطال
للحق ويقال ملك الميت فالحكم فيه بالاستصحاب وهو لا يصلح للاثبات فان قلت الشفيع اذا
برهن على ملك الدار التي شفع بها وشهدوا انها كانت ملكا له وقت الشفعة فلو كان ثبوت الملك في مثل هذه
الصورة بالاستصحاب لوجب ان لا يثبت الشفعة به كما لا يثبت لذي اليد اجيب بان حق الشفعة من ثمرات الملك
فمتى ثبت الملك بالدليل ثبت حق الشفعة ايضا مضافا الى ما بعد البيع لان سبب استحقاق الشفعة هو الاتصال
بالملك ولكن مضافا الى ما بعد البيع ثم الملك يبقى بالاستصحاب فكذا حق الشفعة والاستصحاب حجة للبقاء ان لم يكن
للابتداء فثبوت حق الشفعة فيما اذا شهدوا انه كان ملكا للشفيع من قبيل البقاء دون الابتداء وفيه نظر لان حق
الشفعة لو ثبت بمجرد الاتصال لصح تسليمه الى المشتري قبل البيع وليس كذلك فعلم انه ثبت متقررا على ما بعد
البيع اما البيع كما اشير اليه في المبسوط والسبب هو البيع بيع الاتصال كما ذكر في الذخيرة او الاتصال بشرط البيع
فقبله ليس بسبب اصلا فيكون حق الشفعة من قبيل الابتداء دون البقاء ثم الامام فخر الاسلام رحمه الله اشار
في البزدوي الى ان الملك الثابت للحال فيما اذا شهدوا انه كان ملكا للمدعي ثابت بدليل موجب البقاء كثبوت
الطهارة بالوضوء والملك بالشرا لا بالاستصحاب حيث قال واما الاحتجاج بالاستصحاب لما قلنا فصحيح عند الشافعي
رحمه الله وعندنا لا يكون حجة الايجاب لكنها حجة دافعة واحتج الشافعي رحمه الله باجماعهم على ان من تيقن بالوضوء
ثم شك في الحدث ولو ثبت ملك الشفيع باقرار المشتري انه كان له او انه اشتراه من فلان كان بحكمه
وجب فانا نحكم بالحكم بما يزيله ومع ذلك حجة موجبة وكذلك اذا شهد شهود المدعي على ان هذا الشئ كان
ملكا له صارت حجة موجبة ولنا ان الدليل الموجب تعاده الى ان قالوا اما فعل الطهارة والملك بالشرا
وما اشبه ذلك وهي مسئلة الشهادة فلا شبهة عندنا وذلك من جنس ما بقي بدليله لان حكم الشرا
للملك المؤبد اي ما قال فخر الهدى مسئلة الشهادة بمسئلة الطهارة وفيه اشارة الى ان الشهود
يثبتون الملك المؤبد كما في الشرا او كان ملك الميت ثابت يوم الموت بشهادتهم انه كان ملكا له لا بالاستصحاب
فينبغي لا يحتاج الى الجر الا ان يقال ملك الوارث متجدد على ما مر فلا يثبت الا بالنقل غير ان شهادتهم على ملك
المورث وقت الموت في معنى شهادتهم على الجر في افادة معنى الانتقال الى الوارث فيما اذا شهدوا انه كان ملكا
له ان كان ثبت الملك وقت الموت بنفس الشهادة لا بالاستصحاب كما وقعت اليه الاشارة
في البزدوي فلا شك ان بقاء الملك بالدليل ليس كثبوته ابتداء اذ الثبوت لا يحتمل النقض والبقاء
يحتمله فكان بقاء الملك وقت الموت بالدليل ادنى من الشهادة على الجر في افادة معنى الانتقال
الى الوارث فلا ثبوت عنه او الادنى لا ثبوت من الاعلى كالقبض المضمون لا ثبوت عنه قبض
الامانة فلما لم يثبت بقاء الملك لكونه محتملا ان الشهادة على الجر لا بد منها لثبوت ملك الوارث هذا والكلام
بعد محل تامل فتأمل قوله ونحو للوارث الغني مما كان صدقة على المورث الفقير قلت هذا لا يصلح دليلا على تجدد
ملك الوارث لما ان الحرام على الغني هو اخذ الصدقة لا الصدقة بنفسها الا يرى ان ابن السبيل اذا وصل الى وطنه

والفقير

والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة يطيب لهما واشار المصنف رحمه الله الى وجه المسئلة
في اخر كتاب المكاتب بقوله اجيب في نفس الصدقة اما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلالا به والاخذ لم يوجد من الغني
ففي مسئلة الوارث لم يتعلق متجدد الملك لحل الصدقة للوارث الغني لعدم الاخذ منه فهو ليس بادنى حالا من الفقير
الاخذ اذا استغنى فلما حل للاخذ عند تغير حاله من الفقر الى الغنى فلان يحل لغير الاخذ اولى وكذا للوارث الغني ليس
بادنى حالا من مولى المكاتب فان المكاتب لو عجز فمال الاداء الى المولى وفي يده من الصدقات حل للمولى الغني
تلك الصدقات عند ابي يوسف رح ايضا مع ان الملك لا يتبدل بالعجز عنده والعلة في الكتاب ما ذكرنا
انه لا خبث في نفس الصدقة الى اخره فعلم ان تجدد الملك لا يشترط لحل الصدقة على الغني عند ابي يوسف رح فلا ينتقض
حل الصدقة على الوارث الغني دليلا على تجدد ملكه ولا يكون ذلك الزاما على ابي يوسف رح بوجه وفي الحاشية فان قيل
الاستدلال غير صحيح لان الفقير لما ملك الصدقة تحل للغني اكله ولهذا لو اباح للغني يجوز فلم يعرف للغني يجوز
على حكم ملكه وانما يجوز الاكل بالاباحة باعتبار الاباحة لا باعتبار الملك ثم لفظها قلت بل المعروف للغني يجوز
على حكم ملكه ايضا اذا لم يوجد الاخذ منه كالفقير اذا استغنى وابن السبيل اذا وصل الى وطنه يطيب لهما
ما بقي في ايديهما من الصدقات وايضا اشار المصنف في كتاب المكاتب الى انه لو اباح للغني لا يجوز التناول
حيث قال وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يملكه صدقة
والمولى عوضا عن العتق وهذا بخلاف ما اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح ونظيره المشتري
شرا فاسدا اذا اباح لغيره لا يحل له ولو ملكه يطيب به هذه النكتة وبهذا صرح الشارح هناك نقلا عن قاضي خان
والامام المحبوبي رح حيث قال الفقير اذا اباح لغني او هاشمي ما اخذ مال الزكوة من الطعام انه لا يحل لان الملك لم يتبدل
الى هنا كلامه والله اعلم قوله لثبوته الانتقال ضرورة وقد ناقش في دعوى الضرورة بامكان ان لا يكون ملكا للمورث وقت
الموت ولا ينتقل الى الوارث وذلك بان باع بشرط الخيار له او شرط الخيار للبايع يمنع خروج المبيع عن ملكه فلما مات بطل الخيار
ودخل المبيع في ملك المشتري نعم لو قال لثبوت الانتقال بها ورود غالبا لكان صحيحا لكن هي اللازم الغالب ضروري لانه
في حكم الضروري في احكام الشرع قوله والامانة تصير مضمونة بالتجهيل ان مات المودع من غير بيان الوديعة وذلك
لانه لما مات بلا بيان فعل ترك الحفظ والمودع اذا ترك الحفظ كان متعديا والمتعدي موجب للضمان ثم لما صار المودع ضامنا
والمضمون ملكا له حيث ان الشهادة على اليد عند الموت شهادة بالملك عنده والملك الثابت عنده ينتقل الى الوارث ضرورة
فاستغنى عن الجر الى هذا اشار الامام قاضي خان رحمه الله وغيره كذا في الشرح وذكر الشارح في باب غصب العبد والمدبر من كتاب
الجنايات عند قوله ومن قطع يد عبده ثم غصبه فمات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع ما يخالف المذكور ههنا حيث
قال وذكر الامام قاضي خان بهذه مسئلة ثم قال وعلل بعضهم بان الغصب من اسباب الملك فلو كان يمين الجناية والسراية
ينقطع السراية كما لو كان بشهادة فصار كانه غصب عبدا اقطع ومات عنده لا من القطع ثم قال الا ان هذا يخالف
مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب نصا او رضا لان السراية انما تنقطع
باعتبار تبدل الملك وملك البدل على الغاصب نصا او رضا اما دلالة فلا نص عليه في اخر من الجامع الى هنا
لفظه فعلم ان بمجرد ضرورة ضامنا لا يصير المضمون ملكا له ما لم يرد الضمان نصا او رضا واليه

اشار في الكافي ايضا في كتاب الصلح حيث قال ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المغصوب
منه ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة بدليل انه لو اختار ترك التضمين بقي العبد ملكا على ملكه حتى يكون
الكفن عليه فظهر بهذه الروايات ان الشهادة على ثبوت يده عند الموت ليست بشهادة على الملك حتى ان يشترط
الجر ولا يكتفي بهذه الشهادة نعم بعض المشائخ قالوا بان المغصوب ملك الغاصب ملكا غير متقرر التقرر فعند الضمان لكن
ان يحمل ما ذكرنا من ان المودع يصير مالكا للوديعة بالتجهيل اذا حصلت في يده بايداع اما اذا حصلت
من غير ايداع احد كما لو هبت الريح بثوب انسان والقته في دار غيره فانه لا يضمن اذا مات مجهلا
صرح به في الذخيرة وذلك ان التجهيل انما صار سببا للضمان لانه ترك للحفظ الواجب عليه كما لو دل انسانا
على الوديعة ليس فيه فرق ولا حفظ يجب على من وقع المال في يده من غير ايداع حتى انه لو دل انسانا عليه فسرقه
لا يضمن وكذا يجب ان لا يعني عن جر الملك لان اليد ربما كانت يد امانة لا يصير مضمونة عليه بالتجهيل
فلا يكون في معنى الشهادة على الملك وقت الموت كما ذكر في الكتاب من الايدي ما تنقلب عند الموت
الى يد ملك عند الموت لان الظاهر من حال من حضره ان يستوي اسبابه ويبين ما كان من عنده
من الودائع والمغصوب واذا لم يبين فالظاهر ان ما في يده ملكه وروى الحسن بن زياد انه لا يقبل هذه
الشهادة لانهم شهدوا بيد عرف القاضي زوالها بهذه اللفظة قلت الظاهر لا يكفي للاستحقاق ولاحتياجه
هنا الى استحقاق الوارث قوله وهذا الظاهر وهو قولهما اي قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وفي الفصل التاسع عشر من كتاب دعوى الذخيرة في المنتقى قال هشام
سالت محمدا عن شهد لاهل قرية لا يحصون حشية من هو على اعلى النهر عن الاسفليين وقالوا
هو لنا وفي ايدينا وقال الذي في اسفل النهر هو لنا كله قال اذا كان النهر يجري الى الاسفليين
يوم يختصمون ترك على حاله وان كان منقطعا يومئذ لكن علم انه كان يجري الى الاسفليين فهما
معنى وان اهل الاعلى جحدوا حقهم واقام اهل الاسفل بينة ان النهر كان يجري اليهم
وان اهل الاعلى جحدوا حقهم امر اهل الاعلى بازالة الحبس عنهم وهذه المسئلة دليل على ان الشهادة
على منقطعة صحيحة عند محمد رحمه الله هذا كلامه الا ان يقال هذه شهادة على حق الشرب وانه
في حق الملك قوله ان الشهادة قامت بمجهول ذكر في الذخيرة ان يد المدعى عليه ثابتة
معاينة ولم يثبت بينة المدعي ما يوجب نقضها وهو الاخذ منه لا بنص الشهادة ولا
دلالة مقتضاها حيث لم يثبت كونها في يده امس مثلا بنص الشهادة لان المشهود به لا
يثبت الا بالنص ولا يمكنه القضاء لان كونه في يده محتمل يحتمل ان يكون بحق وان يكون بغير
حق وعلى الاول يجوز القضاء وعلى الثاني لا يجوز فلا يجوز بالشك ولان قبول الشهادة
على امر في الماضي باعتبار ما عرف ثبوته في الحال والحكم بقائه باعتبار
استصحاب الحال وذلك فيما تيقن بزواله وقد تيقن القاضي هنا بزوال اليد
ذلا يقضى به فلا يثبت الا عند عدم ثبوت اليد

اليد قوله وهي متنوعة الى ملك وامانة يشكل بما اذا تنازع رجلان من كل يدعي انها له وفي يده
واقاما البينة انها كانت له في ايديهما انه يقضى باليد لهما مع الجهالة التي ذكرتم فالاوجه في التعليل
هو ما ذكر في الذخيرة ان قبول الشهادة باعتبار ما عرف ثبوته في الحال وذلك فيما لا يتيقن بزواله كما في مسئلة
التنازع وقد تيقن القاضي بزوال اليد هنا فلا يقضي به وغاية ما يتكلف هنا ان يقال اليد من حيث النوع
مجهولة ومن حيث ان الاصل هو يد الملك معلومة فمتى احتيج الى اعادة اليد الزائلة تيقن وبعض الثابتة تيقن
لا يقضي به ومتى لم يتيقن بزوالها كما في مسئلة التنازع يقضى به عملا بالاعتبارين باب الشهادة على
الشهادة قوله ان لا يجوز لان الشهادة عبادة بدنية لوقت شاهد الاصل وليس بحق للمشهود له بدليل انه لا يجوز
الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة لا تجري في العبادة البدنية كذا في الشرح وفيه نظر لما صرح به
الشارح بعد هذا ان بدلية شهادة الفروع بحسب الشهادة المشهود به لا بحسب شهادة الاصول حتى
يجوز الجمع بين شاهد الاصل وشاهد الفرع فلو كانت البدلية في اصل الحجة لما ظهرت مع الاصل
فلا يكون هنا من باب النيابة في العبادة توضيحه ان النيابة انما يلزم لو كان شاهد الفرع نائبا عن شاهد
بمعنى ان ينوب شهادة الفرع عن شهادة الاصل كما ينوب المسح عن الغسل وليس كذلك اذ الفرع يشهد
على الحق المدعى فكيف ينوب الشهادة على الشهادة عن الشهادة على الحق لان كل واحد منهما يثبت حكما غير
الآخر ومن شرط النيابة ان يكون النائب مثبتا لعين ما يثبته الاصل بل شاهد الفرع كالنائب عن الاصل
بمعنى انه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل فعلم ان الشهادة على الشهادة ليست من باب النيابة
التي لا تجري في العبادات في شيء اللهم الا ان يقال بان النيابة ان لم يكن ههنا حقيقة فلا اقل من
الشبهة وهي ملحقة بالحقيقة فيما يحتاط فيه والعبادات مما يحتاط فيها عن شبهة النيابة كما
يحترز عن حقيقتها والاولى في وجه القياس هو ان الاخبار اذا تداولته الالسنة لم يمكن فيها زيادة
ونقصان قوله من حيث البدلية اي من حيث انه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل ومن حيث
البدلية بحسب المشهود به لا بحسب شهادة الاصول فلا يرد ما قيل ان القاضي يقضي بشهادة شاهد
اصل وبشهادة شاهدين على شاهد ولا يجوز تكميل الاصل بالبدل ولا يجوز القضاء بذلك مع القدرة
على شهادة الاصول قوله وهذا اي اشتراط التحمل ظاهر عند محمد رحمه الله لان القضاء عنده بشهادة
الفروع من وجه والاصول من وجه ولا معنى لاضافة القضاء فلم يكن لاضافته اليهم وجه قوله
فلا يقبل فيما يندرئ بالشبهات وقد يقال ذكر في آخر الهداية ان في القصاص معنى العوضية لانه شرع جابرا
فجاز ان يثبت مع الشبهات كسائر المعاوضات التي هي حق العبد واما الحدود الخالصة لله تعالى
شرعت زواجر فليست فيها معنى البدلية فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة الا ترى لو شهدوا بالوطء
الحرام او اقر بالوطء الحرام لا يجب الحدود ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب
القصاص وان لم يوجد التعمد التصريح بالعمد وجوابه ان القصاص يتضمن حق العبد وحق الشرع
فحق العبد يقتضي ان يثبت مع الشبهة سواء كانت الشبهة بالنظر الى نفس الحجة كشهادة النساء والشهادة
على الشهادة او بالنظر الى بيان كالشهادة بمطلق القتل فان فيه شبهة باعتبار ترك الاستفصاء

ولو شهدوا انه قتل عمدا مطلقا
او اقر عمدا مطلقا نقص

وحق الشرع يقتضي ان لا يثبت مع الشبهة اصلاً فقلنا انه لا يثبت بشبهة ثانية بالنظر الى نفس الحجة اعتبارا
لحق الشرع ويثبت بشبهة ثانية بالنظر الى البيان رعاية لحق العبد ولم يعكس لانه لو اعتبر الشبهة الثابتة
في البيان مع خلو الحجة عنها لكان ذلك حيلا لا في درء القصاص فحينئذ لم يكن بد من اعتبار الشبهة الكائنة في نفس
الحجة لان ما يحتال في درئه مع ثبوته بالنظر الى نفس الحجة فهو اولى بان لا يثبت ابتداء بشبهة في الحجة
لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل وقد يقال بما ينوب عن غيره عند مساس الحاجة اليه بلا انابة منه
بل بانابة الشرع لاحيا الحق كالحاضر ينوب عن الغائب فيما اذا كان ما يدعيه على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر بانابة
الشرع احياء لحق المدعي والحاجة ماسة الى الانابة هنا اخرازا عن ابو الحق لكان ينبغي ان يجعل نائبا عنه بلا
انابة وايضا قد ذكر الشارح انه لو سمع شاهدا يشهد في مجلس القضاء جاز له ان يشهد على شهادته وان لم يحمله عليه
فلو كان وجوب الاشهاد بناء على انه نائب لوجب مطلقا وان لم يقل اشهد في على نفسه يعني ان ما ذكر من قوله
واشهدني على نفسه وقع اتفاقا وانه ليس بشرط الا ان يموت شهود الاصل الخ قلت وجه ان الى الاصول ملحق
بالمرض فلا يشكل الحصر وعن ابي يوسف رحمه الله وكثير من المشايخ اخذوا بهذه الرواية وروي عن
محمد رحمه الله انه يجد كيف ما كان حتى اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع في زاوية اخرى منه مقبل جاز
لانهم من اهل التزكية وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز لان الفرع نائب عن الاصل فتعديل الاصل كتعديل
الاصل نفسه ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي ظاهر يشعر بان الاشارة الى المدعي والمدعى عليه
وقت الشهادة عند الفرع شهادة وليس كذلك لما سيأتيك في مسئلة واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة
بنت فلانة بالف درهم وقالا اخبرانا انهما يعرفانها الخ ونظيرها اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدوده
وشهدوا على المشتري لا بد من ان يشهدوا على انه المحدود وبها في يد المدعى عليه صورة المسئلة اذا ادعى الشفيع على
المشتري ان فلانا باع منك محدودة حد ودها كذا وهي في يدك وان شفيعها فشهد الشهود ان فلانا باع من المشتري
صيغة حدودها كذا وانكر المشتري كونها في يده وذكر في الكاشف عند قوله وشهدوا على المشتري اي بوجوب
الثمن على المشتري وذلك انما يستقيم ان لو كان المدعي في صورة المسئلة هو البائع وهو باطل لان دعوى
الثمن لا يفتقر الى اقامة البينة على ان المبيع في يده لانه لا يحتاج الى كونه في يد المشتري فضلا عن اقامة
البينة عن ذلك الى هذا اشار الشارح حيث قال ثم فائدة كون المحدود في يد المشتري حالة الدعوى يظهر
اذا ادعى الشفيع ان فلانا باع والمحدود في يد المشتري اما لو كان المدعي هو البائع فلا حاجة الى كون المبيع
في يد المشتري لان للبائع ولاية مطالبة الثمن من المشتري سواء كان المبيع في يد البائع او في يد المشتري بلفظه
قال ابو ح يعني شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره ذكر في الكافي ان شاهد الزور يعزر اجماعا
لانه ارتكب كبيرة ليس فيها حد مقدر فيعزر زجرا الا انهم اختلفوا في كيفيته فقال ابو ح نعزره تشهيره فقط
وقال لا يضرب ويحبس فقط وهو قول الشافعي بهذا كلامه فعلى هذا كان ينبغي ان يقال شاهد الزور ان
ولا اضربه ولا احبسه اذ لا مقابلة بين التشهير والتعزير انما المقابلة بينه وبين الضرب والحبس
الا ان التشهير لما كان اخف انواع التعزير تساهل فيه ولم يجعله تعزيرا له بمقابلة اغلظه

انواع

انواعه واراد بالتعزير التغليظ فاللفظ المطلق الى الكامل من انواعه ثم المسئلة على ثلثة اوجه ان رجع على سبيل
التوبة والندامة لا يعزره من غير خلاف وان رجع على سبيل الاصرار يعزره بالضرب من غير خلاف وان كان لا يعلم
فعلى الخلاف كذا ذكر في بعض الحواشي وفيه بحث لما سيأتيك عن قريب ان الرجوع يختص بمجلس القضاء
لان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان هذا لفظه وانه يشير
الى ان الرجوع لا ينفك عن التوبة فلو كان معنى التوبة منافيا للتعزير اجماعا لم يعزر في شيء من الصور
بالاجماع وايضا استحق به تعزيرا فتاب عن ذلك الذنب لا يسقط عنه التعزير والا انسد باب التعزير
لان المراد لا يعجز عن قوله يتبت واظهار الندامة عن نفسه وفي القنية ويضرب المسلم ببيع الخمر بارجعا
بخلاف الذمي الضرب وهذا دليل على ان التعزير
لا يسقط بالتوبة هذا لفظه وايضا ان ابا يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله احتجا بفعل عمر رض انه ضرب صاحب
شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه فلو لم يكن مطلق الرجوع عن الشهادة موجبا للتعزير والضرب
عندهما لم يصح احتجاجهما بفعله لان الفعل لا يقبل العموم فجاز ان يكون ضربه فيما اذا رجع مصرا عنيدا فلم يتم
الاحتجاج به على وجوب الضرب في المتنازع فيه وهو ما اذا رجع ولم يعلم حاله انه رجع مصرا او نادما فان قلت
ولذا ان شريحا كان يشهر ولا يضرب وقد كان شريح قاضيا ومن الصحابة رضوان الله عليهم ومثل هذا التشهير
لا يخفى عليهم ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع فكان هذا منه احتجاجا باجماع الصحابة لا تقليد الشريح لانه
لم ير تقليد الشافعي كذا في الكافي قلت بل الشافعي يقلد عندنا اذا زاحم الصحابة رضوان الله عليهم وشريحا كان
يزاحمهم في الفتوى كما عرف في اصول الفقه بدلالة التبليغ الى اربعين تبليغه الى اربعين لا يدل
على انه كان سياسة لا تعزيرا الجواز لذلك المعتبر في عدم جواز تبليغ التعزير عند عمر رضي الله عنه اد في الحد في
الاحرار وهو ثمانون سوطا كما هو مذهب ابي يوسف رحمه الله فانه قال يبلغ التعزير تسعة وسبعون
سوطا في رواية وخمسة وسبعين في اخرى نعم لو كان التبليغ الى الاربعين ممتنعا بالاجماع لكان التبليغ اليه
دليلا على السياسة ولكنه مختلف فيه فجاز ان يكون التبليغ اليه جائزا عند عمر رض في التعزير فلا يصلح دليلا عليه الا
اذا ثبت ان مذهب عمر رض عدم جواز تبليغ التعزير الى اربعين كما هو مذهب ابي ح ومحمد رحمهما الله وفائدة
ايراد رواية الجامع ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك هذا الحصر بالنسبة
الى البينة يعني لا يثبت كذبهم بها بدليل قوله فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة والا فقد يثبت
ذلك بطريق آخر وهو ان يشهد بقتل رجل فيجيء المشهود عليه بقتله حيا ولم يدع هو سهوا او غلطا
قوله لم يفسخ الحكم وان كان حاله عند الرجوع افضل منه عند الشهادة وكان
ابو ح يقول اولا ان كان حاله افضل عند الرجوع ينقض الحكم ويرد المال الى المشهود عليه والا لم يرجع
قوله ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول هذا انما يتاتى اذا كان حاله عند الرجوع مثله عند
الشهادة او دونه اما اذا كان افضل فالمماثلة ممنوعة فالاظهر هنا ان يقال ان الرجوع اقرار على
نفسه بانه استهلك على المشهود عليه ماله بغير حق وصار متوجبا للتعزير والضمان وعلى غيره

حيث يقر ان القاضي قضى بغير حق وان المشهود عليه لم اخذ ماله فالاقرار على نفسه صحيح وان كان المقر فاسقا وعلى غيره لا يصح وان كان عدلا فصار في حق القاضي رجوعه وعدم رجوعه بمنزلة قوله ولا يصح الرجوع الا بحضرة من الحكم لانه فسخ الشهادة فيختص بما يختص به الشهادة من مجلس القضا فان قيل الرجوع اقرار بضمان المال على نفسه بالاتلاف والاقرار به لا يختص بمجلس القاضي قلنا ما كان شرطا في الابتداء يكون شرطا في البقاء كالمبيع وجوده شرط في البيع وبقاؤه شرط لصحة الفسخ وكذا مجلس القضاء شرط لصحة الشهادة فيكون شرطا لفسخها كذا في الشرح والاظهر ان يقال سلمنا ان الرجوع من حيث انه اقرار بضمان المال غير مختص بمجلس القضا وكون الاقرار سبب الضمان لا يفيد بدون فسخ الشهادة اذ الاستحقاق بالحجة يبقى ببقاء الشهادة فاذا تلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فلذلك لا يضمنون ما لم يرجعوا بمجلس القضا اذ لا يتصور الفسخ الا ثم قوله ما كان شرطا في الابتداء ما لا يشترط للبقاء كالشهود في باب النكاح فكانه اراد شرطا يرجع الى المحلية فالابتداء والبقاء سوى كالمحرمية في النكاح ومجلس القاضي للشهادة كوجود المبيع ولمحل النكاح فيستوي فيه الابتداء والبقاء وتحقيق ذلك ان الشهادة حجة ضرورية بصار اليها لضرورة فصل الخصومة ولا فصل الا في مجلس القضاء فلا يعتبر الشهادة موجودة الا في مجلسه ومتى لم يكن لها وجود الا في مجلس القضاء لا يتصور نسخه لا فيه ضرورة ان الفسخ يستدعي سبق الوجود ولا وجود للشهادة الا فيه ومتى لم ينفسخ الشهادة بالرجوع في غير مجلس القضاء لم يوجد ما يقر على نفسه من الاتلاف بالرجوع في غير ضرورة بقاء الحق ببقاء الحجة فما ذكره الشارح لا يقلع الاشكال الا برد الى ما ذكرنا قوله وضمنه المال اشارة الى ان البينة انما تسمع اذا ادعى الرجوع عند قاضي وحكم عليه بالرجوع ايضا وهكذا ذكر شيخ الاسلام لان الرجوع فسخ الشهادة والشهادة لا توجب الحكم قبل اتصال القضاء به فكذا فسخها فاذا ادعى الرجوع عند غير القاضي وذكر في بعض المواضع انه يسمع البينة اذا ادعا الرجوع عند القاضي وان لم يدع حكمه وبهو يتحقق الاختلاف في اشتراط القضا لصحة الرجوع قوله وانما يضمنان اذا قبض المال دينا كان او عينا فلان يضمن الشهادة قبض المشهود له للعين او لم يقبض وان كان دينا فليس له ان يضمنه قبل ان يستوفيه المشهود فيه ذلك منه لان ضمان الاتلاف مقيد بالمثل ومتى كان عينا فالشهود ازالوا عين ملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه فلو ازال العين عن ملكهما باخذ الضمان منهما لا ينتفي المماثلة اما اذا كان دينا فهم ما ازالوا عينا عن ملكه بل وجبوا دينا بغير حق فلو استوفينا الضمان من الشهود قبل ان يستوفي المشهود له ذلك ينتفي المماثلة لان المستوفي يكون عينا وهو خير من الدين قوله لان الاتلاف به يتحقق اي الاتلاف يدا ورقبة انما يتحقق بالقبض وقبله ان كان يتحقق الاتلاف من حيث ازالة ملكه عن الرقبة فلا يتحقق من حيث تفويت اليد فلو اخذنا الضمان قبل القبض لفات العين عن الشاهد يدا ورقبة وهو ما فوق العين من يد المشهود عليه بشهادته بعد فلا يبقى المماثلة وهو مشروط في ضمان العدوان ثم يشكل بما اذا غصب المدبر وابق من عنده فانه يؤخذ منه الضمان وفيه تفويت العين عن ملكه يدا ورقبة وهو ما فوق من المالك لان اليد اذ المدبر

المدبر لا يحتمل النقل من ملك الى ملك فكما يوجب الضمان بتفويت اليد دون الملك فليوجد بتفويت الملك دون اليد الا ان يقال اليد مقصود دون الملك فاقيم تفويت اليد مقام تفويت الكل والملك نفسه ليس بمقصود فلا يكون تفويته كتفويت الكل وما ذكر في الكافي من انه في الاعيان لو كان يثبت الملك للمقضي له بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل وان المال في يده ملكه فلا يكون ان يضمن الشاهدين ما لم يخرج المال عن يده ففيه بحث لما عرفت ان تكذيب القاضي المقضي عليه بالقضاء يكذب زعمه ويلحقه بالعدم حتى يرجع على بايعه بالثمن وان كان المبيع في ملكه يزعم القضا عليه وله ان يرد بالعيب بعدما ورد عليه بالقضاء قوله والمتلف متى استحق سقط الضمان كمن غصب مالا واتلفه ثم استحق المتلف بالبينة سقط الضمان كذا في الشاهان وفي بعض الحواشي كمن غصب مال انسان فاتلفه ثم استحق رجل ذلك المال بالبينة فلا ضمان على المتلف اذا لم يضمنه المستحق شيئا وهكذا في الكافي وفيه بحث لما ذكر في الذخيرة ان القضاء بالملك المطلق على ذي اليد يقتصر عليه فلا يتعدى الى غيره ثم قال واذا استحق المغصوب رجل من يد الغاصب وقضي بالمغصوب للمستحق فهذا القضاء لا يظهر في حق المغصوب منه لو ادعى المغصوب منه على الغاصب واقام البينة يسمع بينته هذا لفظه واذا لم يظهر القضاء بالاستحقاق في حق المغصوب منه وجب ان لا يسقط ما وجب له على الغاصب من الضمان فالاظهر ان يقال المراد بقوله المتلف متى استحق سقط الضمان ان المتلف متى استحق على من له الضمان سقط الضمان وصورته انه اذا اتلف انسان مالا وجد في يد غيره فقضى القاضي بوجوب الضمان عليه ثم ظهر المتلف انه كان ماله واثبت ذلك بالبينة فانه يسقط الضمان عنه فالاستحقاق الطارئ لما كان رافعا فالحاصل يكون الثابت مانعا نعم ذكر في الكافي في باب الحوالة عبد مات في يد رجل واقر انه غصب من زيد فعليه قيمته لزيد فان برهن رجل ان العبد له قيمته لمن برهن ولا شيء لزيد على المقر لان ما اقر له صار مستحقا بالبينة فان وهب المبرهن لتلك القيمة في صحته للمقر او مات فورثها او اوصى له بمثلها ردها على زيد لانه زعم ان ما اخذ المبرهن حق المقر له وانه اخذ بغير حق فصار دينا وما وصل على المقر وصل بالارث او الوصية والدين مقدم على الارث والوصية هذا كلامه وهو يوافق ما ذكر في الشاهان وبعض الحواشي وانه ايضا يشكل بما ذكر من الذخيرة ثم ههنا بحث وذلك انهما اذا شهدا بالطلاق قبل الدخول يضمنان نصف المهر باعتبار انهما اكداه بعدما كان على شرف السقوط لتمكين ابن الزوج او بالارتداد فقد وجب الضمان عليهما مع انه لولا شهادتهما بالطلاق لكان مستحقا على الزوج بالنكاح والاتلاف بالايجاب يمنع الضمان اذا كان المتلف مستحقا عليه بسبب آخر فالاتلاف بالتاكيد اولى وما ذكر وان الاستحقاق بالعقد كان على شرف السقوط قوله السقوط وان كان متوهما فالبقاء هو الظاهر وانه يكفي لدفع الاستحقاق فالشهود انما يتمكن بهذا الظاهر لدفع الاستحقاق عن انفسهم وليس للزوج ان يتمسك بتوهم السقوط على ثبوت الاستحقاق اذ الظاهر لا يكفي للاستحقاق فالموهوم

لا يحتمل

اولى والجواب انهم يعتبرون الاستحقاق على الزوج بحكم العقد ظاهرا في دفع الضمان عن الشهود
واعتبروا توهم السقوط الغير الناشي عن الدليل في ايجاب الضمان عليهم مع ان الظاهر يكفي للدفع ان
كان لا يكفي للاستحقاق والموهوم لا يكفي للدفع والاستحقاق جميعا وايضا اذا رجع المزكي يضمن مع بقاء
الاستحقاق بالبينة قوله ولو شهد شاهدان على امرأة بالنكاح الى قوله لانهما اتلفاها من غير عوض حاصله
اذا شهدوا على المرأة ورجعوا لا يضمنون بحال لان منافع البضع لا تتقوم عند الاتلاف وان شهدوا
على الرجل فكذلك الا اذا شهدوا عليه باكثر من مهر مثلها فحينئذ يضمنون الزيادة لانهم اتلفوها من غير عوض
وبهذا يسقط ما اورده بعض الاصوليين اشكالا في بحث الشرط اذ قوله لو شهدوا بانه تزوج هذه المرأة
بالف وآخرون بانه دخل بها ثم رجع الفريقان فالضمان على شهود الدخول ووجهوا الاشكال بان شهود النكاح
اذا لم يضمنوا وهم شهود العلة فشهود الدخول وهم شهود الشرط اولى ان لا يضمنوا ووجه السقوط ظاهر لان شهود
النكاح انما لم يضمنوا لانهم اتلفوا بعوض كما ذكر في الكتاب والاتلاف به كلا اتلاف بخلاف شهود الدخول فانهم ثم
اكدوا ما كان على شرف السقوط والتأكيد شبيه بالايجاب فهم اوجبوا المهر بلا عوض فيضمنون كشهود الطلاق
قبل الدخول اذا رجعوا وقد اجيب بان تضمين شهود الدخول دون النكاح مبني على ان شهود الدخول
ابرؤا شهود النكاح عن الضمان حين ادخلوا في ملك الزوج عوض ما غرم من المهر وهو المستفاد من منافع البضع
وفيه نظر لان الابراء يتلو الوجوب والضمان لا يجب على شهود النكاح بحال نعم هم يضمنون الزيادة
فيما اذا شهدوا باكثر من مهر مثلها ولكن شهود الدخول لا يتمكنون من ابرائهم عن ضمان الزيادة لانهم
لا يدخلون في ملك الزوج عوضا فعلم انهم يضمنون باعتبار انهم يتلفون المهر بالتقرير بلا عوض اذ العوض
وهو ملك المنافع يثبت بالنكاح قبل التقرير بخلاف شهود النكاح لانهم يتلفون المهر بعوض فلا يضمنون
قوله لان المنافع غير متقومة عند الاتلاف يشكل بما ذكر في الذخيرة حيث قال شهدا على المرأة انه قد تزوجها
على الف وقبضته وهي تنكر ومهر مثلها خمسمائة فقضي به ثم رجعا ضمنا مهر المثل دون المسمى ولو شهدا
بالعقد لا غير وقضي به ثم بقبض الالف وقضي به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا للمرأة المسمى لان منافع البضع
عند الدخول في ملك الزوج متقومة فيضمنان قيمتها في آخر الفصلين والمسمى في الآخر والفرق ان الضمان
انما يجب بالاتلاف والشاهد انما يتلف ما قضي به وهو في فصل الاول النكاح لا المهر لانهم شهدوا بالنكاح
بمهر مقبوض وفي مسئلة لا يقضي بالمهر لا يتعين بالقضاء ما يسعه وهو كونه مقبوضا فصارا متلفين منافع
نصيها الاجنبي فيضمنان قيمتها وهو مهر المثل وتماني الفصل الثاني فلانه قضي بالمهر حتى قضي بالنكاح لا تخلو
المنافع وهو كونه مقبوضا فلم تكن الشهادة الاولى لانه قابل المنافع عوضا هو قيمتها فبقيت الشهادة بالقبض
اتلافا للمهر فيغرمانه هذا كلامه فلو لم يكن منافع البضع متقومة عند الاتلاف وجب ان لا يضمن الشهود في الفصل
الاول شيئا كما لا يضمنون الزيادة فيما شهدوا بالنكاح عليها باقل من مهر مثلها واجيب بان تلف البضع حقيقة بعوض
موجب الضمان تعظيما لخطر المحل فيجعل تلفه التكوي بلا عوض صيانة لخطر المحل اذا اتلف بلا عوض موجب لان
كان لا يعدله فليس في معنى الاتلاف الحقيقي الذي لا عوض فيه اصلا فلا يلحق به والله اعلم قوله ولا فرق

اشكال الاصوليين

بين ان يكون البيع باتا او بخيار البائع الخ فان قلت البيع بشرط الخيار للبائع لا يزيل الملك عن المبيع وقد كان ممكنا
من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل فقد رضي بهذا البيع فينبغي ان لا يضمن شيئا قلنا
زوال الملك وان تاخر الى سقوط الخيار فالسبب هو البيع المشهود به ولهذا يستحق المشتري المبيع بزوائده فكان الاتلاف
حاصلا بشهادتهما والبائع كان منكرا لاصل البيع فلا يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار مع انكاره لانه اذا تصرف بحكم الخيار يصير مقرا بالبيع فيظهر
عند الناس والعاقل يتحامى عن مثله ولهذا لا يعتبر تمكنه من الفسخ في دفع الضمان عن الشاهدين كذا في الكافي وهذا مشكل لانه لما قضي
عليه بالبيع بطل امكانه والتحقيق بالعدم شرعا حتى انه لم يعتبر متناقضا فيما اذا اشترى عبدا فباعه
فرد عليه بعيب حيث كان له ان يرده على بايعه مع انه قد انكر قيام العيب الآن لما قضي عليه بالبيع
التحق انكاره بالعدم وكذا لو انكر الكفالة بالامر حتى اقيم عليه البينة وقضي بها عليه كان له ان يرجع
على المكفول عنه مع انكار الكفالة بالامر لان الانكار لما بطل بالقضاء صار كالعدم فلم يعتبر متناقضا
فلو تصرف هنا بحكم الخيار لم يظهر كذبه لالتحاق انكاره بالعدم كيف ولم يظهر كذبه لما صار متناقضا
فليس بمتناقض حتى لو رد بالخيار جاز كما جاز الرد بالعيب ورجوعه بحكم الكفالة في المسئلتين
وايضا التصرف بحكم الخيار في البيع والبيع بالخيار قد لزمه حين الاختيار لا يوجب كذبه في انكار
البيع لجواز ان يكون تحقق في الانكار ولكنه لما قضي عليه بالبيع وبطل ما في زعمه من انكاره البيع جاز
الرد بحكم الخيار ضرورة ثبوت البيع مع الخيار وذلك ليس من باب ظهور الكذب في شيء وبالجملة
تصرفه بحكم الخيار في البيع الثابت بالقضاء لا يوجب كونه مبطلا فيما بينه وبين الله تعالى
والانكار الذي سبق وايضا كذبه قد ظهر لما قضي عليه وظهور الظاهر فكيف يظهر كذبه بالتصرف
بحكم الخيار ايضا القضاء في العقود نافذ ظاهرا او باطنا انه سيثبت بينهما بيع بحكم الشرع بطريق
القضاء على ما عرف فاذا تصرف بحكم الخيار كان تصرفه بحكم البيع الذي يثبت الآن بحكم الشرع و
وذلك لا يقتضي كذبه قطعا ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا التسبب لان التسبب
ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حياته غالبا وفي التسبب
وهذا مشكل لان الامر على التغلب فالظاهر ان الولي يقدم على القتل لكونه مباحا وبه يدرك
ثاره والظاهر ان المكره لا يقتل لانه يباح له قتله ويحتمل ان يرتدع المكره عنه او يلحقه
الغوث ثم لعلنا وجوابه ان الانسان مجبول على انه لو خلي هو وطبعه لما اختار الا ما هو الا
نفع له ولا يخفى ان الانفع لولي القصاص هو العفو لما فيه من المصالح الدينية والدنيوية لانه
يستحق به الثواب آجلا والمدح عاجلا وفيه احراز النفس والمال عن الهلاك لانه لو استوفى
القصاص يكون اولياء المقتص عداء للمستوفي ويسعون في اتلاف نفسه وماله على ما هو العادة
ولا يقعدون العزر لوجوه لا يخفى فظهر ان في الاستيفاء ضررا كثيرا ونفعا يسيرا وفي العفو بعكس
ذلك فالظاهر انه يختار العفو واما المكره فهو ان كان يأثم بالفعل ولكن له في اختيار حياة نفسه مصالح
كثيرة لانه يتمكن من ان يتدارك التقصيرات الواقعة عنه مدة عمره وبها يتقوى على الطاعة التي توصله الى الجنة والدرجة

يرتفع بالتوبة فالظاهر انه بالنظر الى ذات هذه الصالح يوثر حيوته غالبًا كيف وهو مجبول على حب حيوته والمرتحمل ... المصالح
بجانب المكروه فما ذلك بالمجبول ونقول المص رح اراد الحكم على عليه لا اقتضا الواقع الا الفعل ولكن عدم الاقتضاء
الواقع في القصاص يكون مندوبا والوجه المذكور في حاشيته ان كان يدل على عليه او قضا فعلا فهو لا ينافي عدم
عليه الاقتضا الواقع بجهة مندوب فكذلك ما ذكره في المكره كانه يدل على عدم وقوع القتل فهو لا ينافي
وقوعه غالبا في الواقع قوله وان قالوا اشهدنا هم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رح وعند ابي حنيفة
وابي يوسف لم يضمنوا الاصحاب عليهم آخر قلت هذا مبني على ان القضا عند محمد رح بشهادة الفروع و
الاصول جميعا وعندهما يضاف الى الفروع ولكن هذا ما ذكره في الكافي حيث قال جمع فروع اصلين و فرعا
اربعة ضمنوا اثلاثا عند محمد رح انصافا لان القضا وقع بشهادة الفروع من وجه فهم الذين شهدوا بمجلس
القضا ولثبوت هذا الحق بشهادة الاصول من وجه فلهم الشهادة على المال الا ان الفروع محمد رح نظر الى فروع
وهم سواء وابو حنيفة وابو يوسف نظرا الى الاصول فجعلوا الضمان اثلاثا بهذا اللفظ ووجه الاشكال ظاهر لان
ما ذكره في اصل محمد رح ان القضا بشهادة الاصول والفروع جميعا يقتضي ان يجب ثلث المال
ونصف السدس على فرعي الاصلين ونصف الخمس ونصف السدس على فرعي اربعة لان ثلث المال واجب
على فرعي اصلين بتعيين ونصفه واجب على فرعي اربعة بتعيين السدس واجب على فرعي اصلين ان اعتبر القضا
بشهادة الفروع وعلى فرعي اربعة ان اعتبر بشهادة الاصول فوجب تنصيف السدس عليهما عملا باعتبارين
وعلى اصلهما يجب ان يكون الضمان انصافا لان القضا عندهما يضاف الى شهادة الفروع حتى لو رجع
الاصول والفروع فالضمان على الفروع عندهما ثم ما ذكره في الكافي ان محمدا رحمه الله نظر الى الفروع يشكل بما
ذكره في الذخيرة انهم اجمعوا على انهم اذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين وشهد اربعة على شهادة
شاهدين فقضى القاضي بشهادتهم ثم رجعوا ان الضمان على الفريقين نصفان فلو كان النظر عند محمد رح الى
الفروع يجب ان يكون الضمان على الفريقين اثلاثا عنده ويمكن ان يجاب عن الاشكال الاول بان القضا لما كان
بشهادة الفروع من وجه وبشهادة الاصول من وجه اوجبنا الضمان على الفروع واعتبرنا عدد الاصول
في قسمة الضمان على الفريقين بجهتين ولم يعكس لان الفروع مباشرون والاصول كالمسببين فاعتبرنا في الضمان
الفروع وفي القسمة التي كالوصف اعتبرنا عدد الاصول جميعا لجانب المباشرة على التسبب محمد رح
يقول لما وجب الضمان على الفروع عند رجوعهم فاعتبرنا في القسمة عددهم ايضا الحاقا للوصف بالاصل
وعن الاشكال الثاني ان محمدا رح وان يعتبر الفروع عند رجوعهم لو كانه يقول ان الشهادة على الشهادة جوزت
لضرورة احيا الحقوق وان كان القياس يابى جوازه والضرورة ترتفع بتحمل الشهادة على اثنين فكان التحمل
على اكثر منهما زائدا على قدر الحاجة فلا يعتبر فكانه على شهادة كل من الاصلين لم يشهد الا اثنان و وجه الاخر
ان الشهود الفروع وان كثروا فلا يحصل بهم زيادة الظن تا ما موفة الحق المشهود به بخلاف
الاصول اذا شهدوا بانفسهم فكان اربعة من الفروع كالاثنين قوله بخلاف شهود الاحصان لانه شرط
محض لان الشرط يتوقف عليه الحكم والرجم موقوف على الاحصان فيكون شرطا واختار الامام فخر الاسلام رح ان الاحصان ...

الزنا علامة محضة وقال وانما قلنا انما علامة لان حكم الشرط ان يمنع انعقاد العلة الى ان يوجد الشرط
وهذا لا يكون في الزنا لان الزنا اذا وجد لا يتوقف حكمه على احصان يحدث بعده لكن الاحصان اذا
ثبت يكون معرفا لحكم الزنا فاما ان يوجد الزنا بصورته وليتوقف انعقاده عليه وجود الاحصان
فلا يثبت انه علامة وليس بشرط فلم يصلح علة للوجود والا للوجوب ولذلك لم يجعل له حكم العلل بحال الى هنا
لفظه واعترضوا عليه بان الشرط لا يستلزم ان يتوقف انعقاد العلة عليه بعد وجود صورتها
الا يرى ان الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة والصلاة بخلاف هو ان النكاح بعد وجود
صورته لا يتوقف عليه فليكن احصان شرطا من الشروط الجواب ان الشرط على ثلثة انواع احدها
شرط وجود صورة العلة علة اسما والثاني انعقاد العلة وهو ربما علة معنى والثالث شرط وجود
الحكم وصيرورته علة حكما وما ذكرتم ان الشرط لا يستلزم ان يكون مما يتوقف عليه انعقاد العلة
بعد وجود صورتها كالدخول في ان دخلت الدار فهي طالق وكالقبض في الهبة والصدقة فانه
كلها يتوقف عليه بعد وجود الايجاب والقبول وكالتراضي في البيع شرط الحكم وهو يتوقف عليه
انعقاد البيع في وقت الحكم اذا ثبت هذا فالاحصان في باب الزنا لا يمكن جعله شرطا لوجوده لظهور
ان الزنا بالمعنى الشرعي يتحقق بدون الاحصان حتى يحد به ولا لوجود حكمه لان ما هو شرط الحكم يتوقف
عليه انعقاد العلة بوجود صورتها والزنا بعد الوجود لا يتوقف انعقادها علة للرجم على وجود
الاحصان حتى لو زنى ثم احصن لا يرجم بالاتفاق فظهر ان جعله علامة لا شرطا هو الحق والله اعلم

كتاب الوكالة قوله قال الشيخ في كنز الدقائق التوكيل اقامة الغير مقام نفسه في التصرف
ممن يملكه وانه مشعر بما يشير الى ان الوكيل اصيل في التصرف حتى يرجع الحقوق اليه عندنا
وان الموكل في الشرى يخلف الوكيل في الملك كما يخلف المولى عبده في ملك ما يتهب ويصطاد
وهذا كله يشير الى ان التوكيل اذن بالتصرف في ذمته او ماله او نفسه وليس بانابة الوكيل مناب
نفسه في التصرف اذ لو كان نائبا عنه لا ينتقل التصرف اليه لوجوب انتقال فعل النائب الى المنوب
فيكون الحقوق الى الموكل كما هو مذهب الشافعي رح لا الى الوكيل كما هو مذهبنا وكذا لم يتصور ان يكون
الموكل خليفة عن الوكيل بالشرى في الملك لاستحالة ان يكون المنوب خليفة عن نائبه ثم قال الشارح
واما ركنها اي ركن الوكالة فالالفاظ التي يثبت بها الوكالة من قوله وكلتك ببيع هذا العبد و
شرائه واقترن به قبول المخاطب حيث هو تصريح باشتراط القبول وبه يشعر لفظ الذخيرة حيث قال رجل وكل
رجلا بطلاق امرأته فلم يقبل صريحا ولكن طلقها فالقياس ان لا يصح الطلاق وفي الاستحسان يصح ويجعل اقدامه
على الطلاق قبولا للوكالة دلالة بهذا اللفظ وفيه اشارة الى ان القبول شرط اما صريحا ودلالة ولكن
المسألة منقوضة فيما ذكر في كتاب الكفالة انه قال لآخر وكلتك ببيع هذا العبد وسكت الى ان طرح القبول
وعدمه صار وكيلا افتضت المسألة على ان القبول ليس بشرط لصيرورته وكيلا وذكر انه لا الزام في التوكيل
والقبول انما يشترط لئلا يلزمه شيء بلا التزامه فحيث لا الزام يجب ان لا يشترط كالابراء عن الدين فانه

لما كان من باب ما لا الزام فيه لم يتوقف على القبول وان كان يرتد بالرد فكذا التوكيل بشاهي جعله اسقاطاً
قوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره ويرد عليه توكيل المسلم الذمي بشرا خمر او خنزير ا
لان الموكل لا يملك هذا العقد مع ان التوكيل به صحيح وقد اجيب عنه في الشرح بان هذا طرد وليس بعكس حينئذ يقل
عقد لم يجز ان يعقده بنفسه لا يجوز ان يوكل غيره وتوكيل المسلم بشرا الخمر انما يرد على العكس لا على الطرد وفيه نظر
لان التنصيص بالشي لا ينفي ما عداه في الروايات على ما هو مختار المصنف فتمثيل العقد بالجواز يدل على ان ما لا يجوز به
فيرده توكيل المسلم الذمي فيما لا يملكه المسلم بنفسه ثم اعترض بالاستقراض فان التوكيل لا يصح وان كان
يملك الاستقراض واعترض بان التوكيل بالبيع انما يصح بالبيع انما يصح لان محله ملك الموكل بخلاف الاستقراض
واعترض عليه بان محل النكاح وهو المراة ليس مملوك وقد صح التوكيل به وجوابه ان التوكيل بالنكاح امر
بالتصرف في حقه وهو الذمة فان التوكيل بالنكاح في ذمة الموكل و ذمته حقه فيملك الامر بالتصرف فيه فصار
كالتوكيل بالشراء بخلاف الاستقراض فانه امر بالتصرف في حق المقبوض وذلك تصرف في حق الغير وعدمه بمنزلته فلا يجوز
التوكيل به لان تمليك التصرف فيما لا يملكه فحاصل الجواب عن الاستقراض هو ان ما جاز ان يعقده الانسان
بنفسه جاز ان يوكل به غيره اذا امكن تحقق المعنى التوكيل وفي الاستقراض لا يمكن فلا يصح فان قلت هذا
اذا كان التوكيل به قصدا واما اذا كان بطريق الضمن كان جائزا بالاتفاق وبيانه ما ذكر في الذخيرة
عبد في يد رجل اقام رجل بينة انه عبده اشتراه من ذي اليد ونقد الثمن ولم يذكر قبض المبيع
ولم يذكر الشهود ايضا وسرق ذو اليد انه وديعة عنده اشتراه من ذي اليد ونقد الثمن
ولم يذكر قبض المبيع من فلان لم يندفع عنه الخصومة ووجب القضاء بالعبد للمدعي ثم لو حضر الغائب
قبل القضاء وصدق ذا اليد فيما اقر يؤمر ذو اليد بتسليمه بدفع العبد اليه لانه اقر في حال كان العبد ملكه
ظاهرا ثم يقضى بالعبد للمدعي المشترى على المقر له ولا يكلف اعادة البينة لان البينة قد صحت ظاهرا واستحق
القضاء بها فهو يريد ابطال استحقاقه فاعتبر اقراره في حقه لا في حق المدعي وصار الغائب وكيلا بالخصومة
كالوكيل بالخصومة من ذي اليد وهذا لان صاحب اليد لما اقر بالملك للغائب والخصومة ابدا الى المالك
فقد فوضها اليه فصار كان المدعي اقام البينة فقبل ان يزكي وكل ذو اليد رجلا بالخصومة وهناك اذا
زكيت لا يكلف اعادة البينة كذا هنا ويكون المقضي عليه في هذه الصورة صاحب اليد دون المقر له لانه
كالوكيل بلا رضا الخصم وهذا لانه يرى وسبل الامر كالخلاف الانه انما لا يرى ذلك قصدا والتوكيل هنا لا يثبت قصدا
بل ضمنا وفيه ايضا اذا وكل بتقاضي دينه جاز رضي المطلوب او لم يرض قالوا هذا اذا كان المطلوب مقرا بالدين
اما اذا كان جاحدا فلا يصح التوكيل عند ابي حنيفة من غير رضا الخصم الا اذا كان الموكل حاضرا لانه اذا كان جاحدا
كان التوكيل بالتقاضي توكيلا بالخصومة والجواب في التوكيل بها من غير رضى الخصم عنده هكذا
واليه مال شمس الائمة وذكر شيخ الاسلام رحمة الله عليه ان التوكيل صحيح
على كل حال لان التوكيل بالخصومة هنا يثبت في ضمن التقاضي ويجوز ان يثبت الشي في
غيره ولا يثبت مقصودا هذا كلامه قوله لما ان التوكيل في خالص حقه فلا يتوقف

على رضا غيره قوله هذا التعليل ينتقض بما اذا وكل بالخصومة واستثنى الاقرار فان الاستثناء
صحيح عند محمد ولكن للخصم ان لا يقبل هذا التوكيل ولا يخفى ان ما ذكره المصنف يتاتى في صورة الاستثناء
الاقرار ايضا مع ان التوكيل به غير لازم عند محمد قوله ومن الناس من قال يتوقف في الخصومة
يعني بعضهم افطن من بعض فجاز ان يثبت البطلان بصورة الحق فيتضرر به الناس
فلا يلزم الا برضاه كذا في الحاشية قلت فينبغي ان لا يقبل التوكيل بلا رضا الخصم وان كان الموكل
حاضرا مع الوكيل في مجلس القضا يقبل به التوكيل وان لم يرض الخصم به بالاتفاق قوله اذا اراد السفر
لتحقق الضرورة لانه لم يجز يلحقه الضرر بالانقطاع عن مصالحه فان قلت في لزوم التوكيل به ايضا
ضرر بالخصم وتحمل الضرر الخاص لدفع مثله قلت ضرر الخصم اهون من ضرر المريد للسفر لان الخصم يصل
الى حقه غالبا اذا الحق يعلو اما المريد للسفر اذا منع من السفر ينقطع عن مصالحه غالبا
قوله ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف هذا على قول ابي يوسف ومحمد
صحيح وعلى قول ابي حنيفة مشكل لانه يجوز توكيل المسلم الذمي بشرا خمر او خنزير اعنده
خلافا لهما مع ان المسلم لا يملك شرائهما وبيعهما والا ان يراد بملك التصرف ونوعه ويحتمل ان يكون
هذا الشرط على قولهما الا على قوله قوله ليملكه من غيره يشير الى ان الوكيل في العقد نائب عن الموكل
فيجب ان ينتقل العقد اليه ولما انتقل مع حقوقه فيجب ان يكون الحقوق على الموكل دون الوكيل كما
قال الشافعي قوله ان التوكيل وان اصلا في العقد فهو نائب عنه في حكم العقد والمقصود من العقد
حكمه فاذا كان نائبا عن الموكل في الحكم كان نائبا عنه في العقد حكما قوله وان وكل صبيا محجورا
الا انه لو كان مأذونا يتعلق الحقوق به لا بوكيله ولكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل ذكره في الذخيرة
فقال وان كان الوكيل صبيا مأذونا في التجارة فان كان وكيلا بالبيع بثمن مؤجل فباع
جاز بيعه ولزمه العهدة واما اذا كان وكيلا بالشرى بثمن مؤجل لا يلزمه العهدة وان كان وكيلا
بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه العهدة وفي الكافي ان هذا الغلط ذكره في الحاشية قوله ولنا
ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه ادميا وكذا حكما
لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل وقد يقال العاقد هو الوكيل حقيقة وحكما لكان ينبغي ان
لا يجوز اقالة الموكل مع البايع لانه اقالة فسخ للعقد فلا يصح الا ممن قال به والعقد قايم بالوكيل دون
الموكل فلا يصح الا من الوكيل والمسئلة بخلافه قوله وكذا حكما ان معنى يعني هو عاقد صورة ومعنى
اما صورة فلان العقد ينعقد بعبارة غيره بخلاف الرسول فانه ينتقل عبارة غيره فينعقد العقد
بعبارة الرسول واما معنى فلانه يستغني عن الاضافة الى الموكل ولو لم يكن مستغنيا عن الاضافة
اليه لكان العاقد معنى هو الموكل دون الوكيل وحيث لا يضيف اليه كان العاقد هو الوكيل
معنى ايضا كما هو عاقد صورة قوله والملك يثبت للوكيل خلافة اي بدلا عنه ولهذا لو كان المشترى
منكوحة الوكيل او قريبة لا يفسد النكاح لا يعتق عليه كذا في الكافي وقد يجاب بان الشرط

ايضاح الكلمه
وفيتزوج امة نزوج كام فيشا
سيدها لا يعقد النكاح

لعتقنا والنكاح وثبوت العتق هو الملك المتوقر الا يرى انه لو كان تحت حرامة فتزوج على رقبتها حرامة
بان يستبيح صح النكاح ويملول على الزوج القيمة لا يفسد نكاح الزوج في الامة لان الزوج وان
صار مستوضا الامة من المولى فملكه اياه غير متقرر فلا يفسد به النكاح كذا ذكر في الكافي في باب المهر
وما يثبت للوكيل من الملك متقرر عليه فلا يفسد به النكاح ولا يثبت العقد فلا يكون ذلك
دليلا على عدم ملك الوكيل فان قلت لو اشترى قريبه او منكوحة بشرط الخيار يعتق
عليه عندهما ويفسد النكاح مع ان ملك المشتري مع شرط الخيار غير متقرر فعلم ان المتقرر من الملك
ليس بشرط ذلك اجيب بان الفرق بينهما هو ان الملك متى يثبت في المحل لا على سبيل التقرير
فان تعلق به حق الغير زمان الثبوت لا يفسد به النكاح ولا يعتق به القريب ولا يفسد النكاح
ويعتق القريب والملك الثابت للمشتري بخيار الشرط لا يتعلق به حق الغير فيفسد النكاح
ويعتق القريب والملك الثابت للوكيل يتعلق به حق الغير وهو الموكل فلا يفسد النكاح ان
كان المشتري منكوحة لا يعتق ان كان قريبه فعلم ان غير المتقرر من الملك انما ينافي عتق
القريب ودفع النكاح اذا كان عدم التقرر بتعلق حق الغير والا فلا قوله وكل عقد يضيفه الى موكله
قلت لو قال كل تصرف كان من الاثباتات فحقوقه ترجع الى الوكيل وكل تصرف كان من الاسقاطات
فحقوقه ترجع الى الموكل لكان تعريفا بمعلوم اذ الاثباتات والاسقاطات معلومة بخلاف لزوم
الاضافة الى الموكل وعدمه فانا لا نعلم العقد الذي يجب فيه الاضافة الى الموكل او لا يجب
الا بتعريفه بان يقال كل ما يكون من الاثباتات لا يلزم فيه الاضافة الى الموكل وما يكون
من الاسقاطات يلزم فيه ذلك فالاولى ان يعرف بالاحتياج الى تعريف اخر وايضا النكاح
لما كان من الاسقاطات لزم ان يكون الطلاق من الاثباتات لانه ناقض للنكاح والناقض للشيء
يضاده وضد الاسقاط هو الاثبات وذلك ان النكاح لما كان اسقاطا للحرمة كان الطلاق اثباتا
لها بالفرق فيكون الطلاق اثباتا وانه خلاف الاجماع فعلم ان الطلاق
ازالة الملك الثابت للزوج على المراة بالنكاح ولما كان للطلاق ازالة الملك الزوج كان
اثباتا للملك عليها فيكون النكاح من الاثباتات وكون الملك ضروريا لا ينظم الا في حق حل الاستمتاع
بالمراة لا ينافي النكاح مشروعا لهذا النوع من الملك الضروري بعينه العادم الا في السادس
ان النكاح يتضمن ازالة الحرمة من الجانبين ولكن هذه الازالة تابعة لثبوت الملك له عليها حتى
يطالبها بالتمكين نقضا ودبانة عليه حتى يملك مطالبته بالوطء ديانة وقضي ايضا من داوق
حتى لو لم يعد ويفرق بينهما فان الحرمة انما تزول بثبوت الملك فكان الثبوت هو الموجب الاصلي وزوال
من ثمرات الملك الذي زوال الحرمة وبال الوطء بالشراء فان الشراء ايضا يوجب زوال حرمة التصرف
في المبيع ولكن بواسطة اثبات الملك للمشتري ثم الشراء من الاثباتات فكذا النكاح اذ لا فرق بينهما
الا في ان الملك يثبت بالشراء في جميع التصرفات وفي النكاح لا يظهر في الا في الاستمتاع من الجانبين

النكاح

وهذا لا يوجب التوقف بين الشراء والنكاح حتى يكون الشراء اثباتا والنكاح اسقاطا قوله
وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب وقد يقال المعنى بالفصل عن السبب هو ان ينعقد
السبب فلا يترتب حكم عليه وههنا يترتب الحكم على السبب غاية الامر انه لا يثبت للعاقد بل يثبت
للغير لكن لا بطريق الاصالة بل بطريق الخلافة عن العاقد والخلف يحكي حكاية الاصل فكان الحكم باقيا للعاقد
حكما فلم يكن من قبيل انفصال الحكم عن السبب في شيء وجوابه سنذكره ان شاء الله تعالى لانه اسقاط كالبلاش
وقد يقال البلاش يصح في النكاح مثلا هي الحرية وانها ليست بحكم النكاح بل حكمه ملك شبهها والامر لا ريبا
والسقوط ان كان بلا شيء فسقوط والاضمحلال ليس بلا شيء فيتصور ان ينعقد السبب بلا شيء بغيره انما
لا يتصور ذلك لو كان حكم هذه العقود هو السقوط وليس كذلك قوله ان السقوط والاضمحلال عبارة
عن العدم والعدم ليس بشيء وثبوت امر الشخص فرع ثبوته في نفسه ويثبت لغيره فكان الموجود
ههنا نفس السبب لا غيره فلا يثبت للموكل الا نفس السبب فكان الوكيل سفيرا بالضرورة
توضيحه ان الموكل ليس باعلى حالا من المباشر الاصل وهذه الاسقاطات لا تثبت للاصل شيئا لانها
لا تفيد الا العدم الذي لا يمكن اثباته لشيء لعدم ثبوته في نفسه فكذا في حق الموكل لم يثبت للمباشر
الاصلي نفس السبب فكذا للموكل وهو المطلوب نعم يشكل بان حكم الاعتاق منفصل عن سببه
في الايجاب المضاف كقوله انت حر او انت طالق يوم الجمعة فان المضاف سبب بالاتفاق وحكمه
متراخ الى ما اضيف اليه من الزمان حتى اشبه السبب باعتبار تراخي الحكم قوله انا لا نعني بالا
نفصال تراخي الحكم عن السبب بل نعني به ان حكمه ليس بامر موجود له وجود هو غير وجود
سببه انما الموجود هو السبب فلو انتقل الى الموكل ينتقل الى السبب وباقي التوضيح ما ذكرنا
وبهذا خرج الجواب عما وعدنا فليتامل قوله والطرف الاخر منها اخوانه العتق والكتابة
والصلح عن دم العمد فلت سوى هذه العتق على مال والخلع فيجب الوكيل سفيرا
منهما سفيرا ابناء على انهما من الاسقاطات وفرق بينهما في اشتراط البدل على الاجنبي فجوزه في الخلع
دون العتق وبين ذلك في الكافي على ان الخلع من الاسقاطات والعتق من الاثباتات واشتراط
البدل على الاجنبي اطلاق الحقوق كما في البيع وان كان اسقاطا كالخلع وجب ان يصح اشتراط
بدله على الاجنبي حقيقة وكذا سوى بينهما بين الكتابة والخلع والصلح عن دم العمد وفرق بينهما وبين
الخلع واخوانه في البيع الفاسد من حيث ان الكتابة تفسد بالشرط الفاسد الملكي في صلب
العقد كما لو كاتب عبدا على جارية واستثنى حملها فالحقها ثمة بالبيع وههنا بالخلع والنكاح
وذلك ايضا مشكل والجواب ان الاعتاق اثبات من حيث انه اثبات القوة الشرعية
واسقاط من حيث انه ازالة الملك فمن حيث انه اسقاط وجب ان يلزم بدله على
الاجنبي اذا اشترط عليه ومن حيث انه اثبات وجب ان لا يلزم والاصل والذمة البراءة
فلا يلزم بالشك فاخذ حكم البيع واما الحقوق فيلام على التوكيل من حيث انه اثبات

ولا يلزم عليه من حيث انه اسقاط فلا يلزم بالشك فكان في حكم الخلع وكذا الكتابة دايرة بين
الامرين فقلنا يفسد بالشرط الفاسد المتمكن في صلب العقد عملا بشبه البيع ولا يفسد بغير المتمكن
فيه عملا بشبه الخلع وبحقه عملا بالاعتبارين ثم لما كان دايرا بينهما لم تلزم الحقوق فيهما
على الوكيل بالشك ولم يجعل الوكيل فيهما اصيلا بالاحتمال فان قلت فيجب ان لا ترجع
الحقوق الى الموكل ايضا لان كون التصرف من الاثباتات يوجب ان لا ترجع الحقوق اليه بل
الى الوكيل وكونه من الاسقاطات يوجب ان يرجع اليه بالشك قلت بان الوكيل والموكل
لما استويا بالنظر الى السبب لان جهة الاثبات يقتضي ان يعتبر الوكيل هو المباشر للسبب
وجهة الاسقاط يقتضي ان يعتبر المباشر للسبب هو الموكل ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا
كانه ناقل العبارة رجحنا الموكل لثبوت حكم التصرف له فقلنا برجوع الحقوق اليه دون الوكيل
بخلاف الاثباتات المحضة لان المباشر للسبب فيها هو الوكيل من كل وجه والحكم يثبت للموكل
ولكن السبب اصل والحكم تابع فاعتبر في رجوع الحقوق الاصل دون التبع على ان الموكل اعتبر خليفة
الوكيل في ثبوت الحكم فكان صاحب السبب هو الوكيل وكذا صاحب الحكم من وجه فكان اولى
في اعتبار رجوع الحقوق اليه ثم يشكل بان النكاح لو كان اسقاطا كما ذكره المصنف هنا
وجب ان يصح تعليقه بالشرط كما يجوز تعليق ساير الاسقاطات وان اجيب بان النكاح اسقاط
من وجه والتعليق يختص بمحض الاسقاط على ما صرح به المحبوبي في آخر كتاب الهبة فقلنا يشكل
بالاعتاق فانه ليس باسقاط محض وقد صح تعليقه وجوابه سيأتيك ان شاء الله تعالى
والصلح عن الانكار قلت ينبغي ان يكون المسئلة على التفصيل وفي كون الصلح عن الانكار اعتبر
معاوضة في حق المدعي حتى يجري الشفعة لو صالح على دار رواية وقطعا للخصومة في حق
المدعى عليه فيجب ان يكون الوكيل بالصلح من جانب المدعي اصيلا في الحقوق ولا يكون اصيلا فيها اذا
كان من جانب المدعى عليه قوله الا ان التوكيل بالاستقراض باطل قوله كما ان المراد ببطلانه انه غير مجري على حقيقته
حتى لو اخرج الوكيل الكلام مخرج الوكالة فقال للمقرض اقرضني عشرة فالعشرة له لا للموكل والا فهذا التوكيل محمول
على الرسالة مجازا حتى لو اخرج الكلام مخرج الرسالة بان قال ان فلانا يستقرض منك عشرة فيجعل العشرة للآمر
وعلى ان التوكيل حقيقة لا ينعقد وجعلناه عبارة عن الرسالة حتى لا يلغوا قوله لو خرج بالرسالة بان دفع الى رجل ثوبا وقال
اذهب الى فلان وقل له ان فلانا يستقرض منك عشرة دنانير ويرهن عندك هذا الثوب فان اخرج المامور الكلام مخرج الرسالة
بان اضاف القرض والرهن الى نفسه فقال اقرضني وارتهن مني هذا الثوب فالدراهم للوكيل ويصير ضامنا للثوب
اما لو اخرج الوكيل الكلام مخرج الرسالة الوكالة بان قال وكلتك بان تستقرض لي من فلان عشرة وترهن هذا الثوب
فان اخرج الوكيل في الرسالة فالعشرة للموكل وحقوق الرهن اليه ولا يضمن الثوب وان اخرجه
مخرج الوكالة بان اضاف القرض والرهن الى نفسه فالدراهم للوكيل ولا يضمن الرهن ايضا رهن ثوب
لو ساء به بانه فلو كان التوكيل بالاستقراض مجازا عن الرسالة لوجب ان يضمن الثوب اذا اخرج كلامه

مخرج

مخرج الوكالة لانه رسول بان يرهن الثوب من المقرض بدين الآمر وقد رهنه بدينه حتى لو لم يصل القرض الى
الموكل فقد خالف الرسول اذا خالف فيضمن الرهن فكذا هذا قوله انما لا يصح الوكيل لانه صير
وكيلا يلغو التوكيل بحكم خفي لا يعرفه كل احد فقد اختلف العلماء في اقامة بعض الالفاظ مقام غيره
في كثير من المسائل واذا كان هذا امرا خفيا للاجتهاد فيه مجال سماه الوكيل فصار الوكيل غير [illegible]
فيصح رهنه وان جعل بدينه الى هذا اشير في الذخيرة قوله باطل لبطلان الامر بالتصرف في ملك
الغير واعترض بان التوكيل بقبض الهبة فانه صحيح مع انه امر بالتصرف في ملك الغير وبالتوكيل
بقبض الديون فانه ايضا جائز مع انه قبض حق الغير حتى ان المديون لو اخبر بان هذا رب الدين
بالقبض صح لانه اقرار في حق نفسه وقالوا ان قضاء الدين يكون بالتقاص وذلك بان يثبت للمديون بالاخذ
دين على الطالب فيتقاصان والجواب ان الامر بالتصرف في حق الغير انما يبطل اذا لم يكن الآمر مالكا لذلك
التصرف بنفسه اما اذا كان فلا الا يرى ان توكيل المضارب بغيره يتبع مال المضاربة جائز وانه تصرف
في حق الغير ولا يخفى ان الموكل يملك قبض الهبة بتسليط من الواهب ويملك قبض الديون فيملك
التوكيل به ايضا بخلاف الاستقراض فانه لا تسليط فيه على القبض قبل ان يجري بينهما الايجاب والقبول
فلا يصح التوكيل به حتى لو جرى الايجاب والقبول بينهما اولا ثم وكله بالقبض جاز وقد اجاب
بعض المحققين عن فصل الهبة بان التوكيل بقبض الهبة ما يصح من حيث انه امر بقبض مال الغير وانما
صح من حيث انه امر بالتصرف في جنايته بان يجعل ايجابه موجبة للملك بعد ان لم يكن وعبارته ملكه
حتى ان استقرض واجابه المقرض فوكل رجلا بالقبض يصح لكونه امرا بالتصرف في حقه وهو جعل عبارته
موجبة للملك والمسئلة في المحيط وفيه نظر لان الامر بالقبض وهو تصرف في حق الغير اذا كان صحيحا
من حيث انه امر بجعل ذمته مشغولة بالدين وذمته ملكه كعبارته فكما صح الامر بالقبض من حيث انه
امر بالتصرف في عبارته ينبغي ان يصح من حيث انه امر بالتصرف في ذمته لان القبض كما يجعل العبارة موجبة
للملك في باب الهبة يجعل ذمته مشغولة بالمثل في باب الاستقراض فيجوز من حيث انه امر
بجعل عبارته موجبة للملك لا من حيث انه امر بجعل ذمته مشغولة بالمثل مع ان شغل الذمة
بالدين وصيرورة العبارة موجبة للملك يتوقفان على القبض بالكلية وجوابه ان معنى الدين
في الاستقراض مهدر لما عرف انها استعارة وحكم الاستعارة رد عين الماخوذ لا وجوب مثله في
الذمة الا ان المستقرض لما لم يكن له الانتفاع به الا باستهلاكه يثبت في الذمة ضرورة فكان شغل
الذمة في الاستقراض من باب الضرورة لا مقتضى العقد ولهذا المعنى قالوا ان المردود في باب الاستقراض
له حكم الماخوذ من كل وجه بخلاف المردود في السلم فانه في حكم العين من كل وجه على ما عرف تحقيقه في السلم
فعلى هذا التحقيق لا يكون الامر بالاستقراض امرا بالتصرف في ذمته لما ان شغل الذمة يثبت
بالعارض لا بمقتضى الاستقراض فلا يعتبر الا يرى انهم لم يعتبروا اخذ المستقرض مبادلة كما في
ساير الديون فعلم انه في حكم العين من كل وجه على ما عرف تحقيقه في السلم فعلى هذا التحقيق لا يكون

الامر بالاستقراض امرا بالتصرف في ذمته لما ان شغل الذمة يثبت بالعارض لا يقتضي الاستقراض
فلا يعتبر به الا ترى انهم لم يعتبروا اخذ المستقرض مبادلة كما في سائر المديون فعلم انه في حكم العين
من كل وجه وان معنى المديونية بعد تحقق بهذا غاية ما يمكن في تصحيحه فان قلت ان التوكيل بالاستيهاب
واخواته ايضا غير صحيح وما ذكر المصنف رح من جواز التوكيل في جانب الملتمس بقوله وكذا ان
كان الوكيل من جانب الملتمس فمحمول على التوكيل بالقبض بعدما جرى الايجاب والقبول بينه وبين
الملتمس فما الحصر الاستقراض ببطلان التوكيل قلت لان الاستقراض معاوضة انتهاء فربما يتوهم
ان التوكيل به جائز كالتوكيل بالبيع والشراء فنص على بطلان التوكيل به بخلاف الاستيهاب ونحوه
لانعدام معنى المعاوضة فيه **قوله** فان دفع اليه جاز فان قلت ما الفرق بين هذا وبين الوكيل
ببيع الصرف فان هناك لو قبض الموكل بدل الصرف لا يجوز قلت جواز الصرف يتعلق بالقبض فكان
القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت الوكيل حق المتوكل وقبل الموكل لا يجوز فكذا اذا
ثبت له حق القبض وقبض الموكل لا يجوز فكذا اذا ثبت له حق القبض قبض الموكل لا يجوز اما قبض
قبض السلعة فليس كالايجاب كذا في الشراح فان قلت القبض في الصرف شرط الصحة او البقاء عليها على
اختلاف فيه فلا يكون كالايجاب والقبول اذ بهما يثبت اصل العقد وبه يثبت صحته او بقاؤه على
الصحة او الايجاب والقبول لا يساويان جانب الصحة او البقاء عليها بوجه ما بل احدهما على الآخر وايضا
لو كان القبض كالايجاب والقبول لاشترط المجلس لصحة القبض كما اشترط الايجاب والقبول
وليس كذلك حالهما لو قاما عن المجلس ثم تقابضا قبل ان افترقا ابدانا يصح قلت اما الجواب عن الاول
فلان القبض في باب الصرف يتعلق به صحة العقد بمعنى ان انعقاد العقد في الحكم او بقاؤه على الانعقاد
يتوقف عليه حتى لو افترقا قبل القبض بطل العقد ولا يفيد الملك وان تقابضا بعد ذلك لانه بيع
الكالي بالكالي وهو باطل على ما ذكرنا في الصرف نقلا عن الكافي فكان القبض كالايجاب والقبول
من حيث انه يتعلق به انعقاد العقد كما يتعلق ذلك بالايجاب والقبول في سائر المواضع وفي هذا
الجواب نظر لما صرح به الكافي في فصل الاستحقاق ان الصرف بالافتراق لا عن قبض يفسد
ولا يبطل حتى يفيد الملك بعد القبض وهكذا ذكر في الذخيرة واما ما ذكر في الكافي في آخر كتاب
الصلح ان بيع الدين باطل لا فاسد فقد ذكره عن بعض المشايخ في تخريج ابي يوسف ومحمد رحمهما
فيحتمل ان يكون ذلك قولهما خاصة او يقال بيع الدين ابتداء باطل اما بقاء فلا نسلم انه باطل والصرف
انما يكون بيع الدين عند الافتراق لا عن قبض انتهى واما عن الثاني فلان القبض ان كان له حكم الايجاب
والقبول فهو ليس مثلهما حقيقة فجاز ان يكتفى فيه بالمجلس الحكمي وبعد القيام عن المجلس قبل تفرق
ابدانهما المجلس باق حكما فيكتفى بالمجلس الحكمي ان القياس ان يشترط المجلس لصحة القبض ايضا
الا انا تركناه بالاثر كما مر في الصرف ثم قد يفرق بين التوكيل ببيع الصرف وغيره بان المستحق
تدفع في بيع الصرف هو تقابض المتعاقدين لانه هو المراد بقوله يدا بيد وفي حديث قبضا

بقبض فكل ما يفوت هذا المستحق فهو باطل ولا شك ان صحة قبض الموكل يفوته فلا يصح بخلاف القبض
في البيع فانه غير مستحق الشرع بل مستحق لايصال حق الموكل فاذا وصل اليه حقه لا فائدة في مطالبته
ثانيا وهذا اوضح ما ذكره الشارح وما ذكره الشارح من انه لا يصح قبض الموكل في الصرف فذلك اذا كان
الموكل غائبا عن المجلس اما اذا كان حاضرا يكتفى بقبضه لانه يجعل هو صارفا بنفسه حتى لو افترق الوكيل من غير
قبض وقبض الموكل قبل الافتراق جاز **قوله** لم يكن للوكيل ان يطالبه ثانيا وقد يحتاج الى الفرق بين هذا وبين
ما اذا باع الوصي من مال الصبي اذ المشتري من الوصي اذا دفع الثمن الى الصبي فللوصي ان يرجع على
المشتري والوكيل لا يرجع على المشتري اذا ادى الثمن الى الموكل والفرق ان الوكيل انما يأخذ الثمن ليدفع
الى الموكل فاذا اخذه الموكل فقد حصل ما هو المقصود من اخذ الوكيل فلا فائدة في الرجوع على المشتري
ثم الدفع الى الموكل اما الوصي فلا يأخذ للدفع الى الصبي بل لحفظ ماله والتصرف فيه ولاجله وهذا المقصود
لا يحصل الا بقبض الوصي فله ان يرجع على المشتري ليتمكن من الحفظ والتصرف فيه **قوله** لما انه يملك
الابراء عنه ولا يجوز الابراء عن الثمن في قول ابي يوسف رح لانه تصرف في ملك الغير اذ الثمن ملك الموكل
ولهما ان الابتداء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل حتى يمنع الموكل عن ذلك كذا في الكافي ويشكل
بانه لو كان ابراؤه اسقاطا لحق القبض فقط وجب ان لا يضمن للموكل لانه في اسقاط حق القبض لزم ان لا
يفترق الايفاء والابراء وقد فرق في كتاب الرهن بينهما بان الابراء اسقاط للدين حتى لو ابرأ المرتهن ثم هلك
الرهن في يده هلك مجانا والايفاء لا يسقط الدين بل يمنع المطالبة حتى لو هلك الرهن بعد ايفاء الدين
هلك بالدين وايضا ان الابراء عن الدين كما يصح قبل ادائه حتى لو ادى الدين ثم ابرأ الدائن عن الدين
فعليه رد ما استوفى الى من استوفى منه فلو كان الابراء هو اسقاط حق القبض لما صح بعد الاستيفاء
لسقوط حق القبض الا ان يقال انه لم يرد تعريف مطلق الابراء باسقاط حق القبض حتى يشكل بما ذكر
بل اراد ان الابراء من الوكيل هو اسقاط حق القبض لانه حق له الا في القبض كما ان ابراء الكفيل عبارة
عن اسقاط المطالبة عنه لانه ليس عليه في الصحيح الا المطالبة واما ضمانه للموكل فلان الوكيل وان اسقط
حق المطالبة التي كانت له فذلك يتضمن اتلاف الدين في حق الموكل حيث سد له طريق التوصل اليه
اذ ليس له حق الطلب ومن كان له حقه فقد اسقط فتعذر له الوصول الى حقه فيتضمن ذلك
اتلافا لحق الموكل فيضمنه او نقول لان الوكيل لما اسقط ما له في حق القبض وصار به متلفا في الدين
في حق الموكل حيث سد عليه طريق الوصول الى دينه ضمن له الدين والمضمون لا بد وان يدخل في ملك
الضامن لئلا يجتمع في ملك واحد فملك الوكيل الدين بالضرورة ولا ملكه على ابراء في اسقاط الدين كالغاصب
اذا باع المغصوب ثم ادى الضمان ولكن لقائل ان يقول الوكيل لو ملك الدين ملكه بعد الابراء لانه
هو السبب للاتلاف الذي هو الموجب لملكه الدين فكان الابراء سابقا على الملك والتصرف السابق
على الملك لا يعد بنوب الملك كما لو باع ثم غصب وادى الضمان بخلاف الغاصب اذا باع بعد الغصب ثم ادى الضمان
لانه يملكه مستندا الى وقت الغصب فكان الملك سابقا على البيع فافترقا **باب الوكالة في البيع قوله** فلا بد من تسمية

جنس وصف كالجودة والرداءة والوسط كذا في الحاشية قوله لان الصفة بهذا المعنى لا يحتاج اليه صرح به
في الكتاب بعد هذا حيث قال ولو بين الثمن او النوع ولم يبين الصفة كالجودة والرداءة والوسط جاز لانه جهالة
ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع قوله فيمكنه الايتمار واشار الى ان الايتمار انما يمكن اذا بين الجنس كالعبد
والجارية والصفة اى النوع كالتركي والحبشي وهذا يشكل حيث يصح الامر باعتاق مطلق الرقبة ايضا قوله
ان الامتثال في المطلق ممكن ولكن المطلق في التوكيل ليس يجري على اطلاقه اذ المقصود دفع واتها فلا تندفع
بالمطلق فلا يمكن اجراؤه على الاطلاق فيكون مجملا فيما اريد منه والايتمار بالمجمل متعذر بخلاف امر الشرع
المطلوب فيها الابتلاء وانه يحصل بايجاب مطلق الرقبة فيجري على اطلاقه قوله مثاله اى مثال التوكيل بجنس
يجمع انواعا اذا وكله بشراء عبدا جارية لا يصح الى قوله ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة
للجهالة الفاحشة قوله سوى ههنا بين العبد والدار فجعل كلا منهما كالجنس الذى يجمع انواعا وجعل
جهالة كل منها جهالة الجنس دون الصفة وفرق بينهما في تسمية الصداق فجوز القيمة بالعبد دون الدار فجعل
جهالة العبد كجهالة الوصف دون الجنس وجعل جهالة الدار كجهالة الجنس وفي الفرق نوع صعوبة اللهم
الا ان يكون مسئلة التوكيل لشرى عبد رواية في مسئلة النكاح على عبد وبالعكس فيكون في كل مسئلة روايتان
فان قلت فان الوكيل ببيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز يعني ان السلم بيع الطعام
في ذمة العاقد والطعام الثابت في الذمة كالعين المملوك اقامة للاجل مقام وجوده لانه سبب لاكتسابه
وبيع الطعام المملوك الموجود حقيقة على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز كذا بيع الطعام الموجود المملوك
الموجود حكما على ان يكون ثمنه لغيره فالتوكيل بقبول السلم كالتوكيل ببيع عبد الوكيل على ان يكون الثمن
لغيره وهذا توكيل فاسد فكذا التوكيل ببيع الطعام في الذمة على ان يكون الثمن لغيره لانه اصل فيه
ومن كان اصيلا في تصرف لا يصلح ان يكون وكيلا فيه ولقائل ان يقول ان رأس السلم جعل في حكم المبيع
والسلم فيه في حكم الثمن حتى لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض كما لا يجوز في المبيع ولو كان في حكم
الثمن لجاز التصرف فيه قبل قبضه ثم جعل العبد جنسا يشتمل انواعا ليس باصطلاح الاصوليين اذ
الجنس عندهم عبارة عن كلي مقول على كثيرين مختلفين في الماهية كالحيوان والنوع كلي مقول على كثيرين
متفقين في الماهية كالانسان فلما كان الانسان نوعا لا جنسا فالعبد وهو اخص من الرجل الذى هو
اخص من الانسان اولى بذلك نعم فسر بعض الشارحين الجنس بالدال على كثيرين مختلفين بالشخص وانه
ايضا منظور فيه لانهم جعلوا التركي نوعا للعبد مع انه دال على كثيرين مختلفين بالنوع اذ التركي يتناول
الاسود والابيض والاحمر والاصفر وليس الاختلاف بينهم بالشخص بل بالنوع اذ التركي الاسود مثلا نوع
من التركي لا بشخص قوله لانه انتهى حكم الوكالة ان اراد انه لا يبقى وكيلا بعد التسليم لا يجري
بيعا لانه ان لم يبق وكيلا فالحقوق راجعة اليه بعد الا يرى انه لو استحق المبيع بعد التسليم
يخاصم البايع الوكيل والرد بالعيب من الحقوق وان اراد انه لا يبقى اليه من حقوق الوكالة
فغير مسلم لما ذكرنا فيجب ان يكون له الرد وان كان فيه ابطال يد الموكل كما يلزم في الرد قبل التسليم ابطال ملكه وذلك

الخصوم ... [marginal note]

ان ابطال حق الغير بلا رضاه وان كان لا يجوز قصدا فهو جائز في ضمن التصرف في حقه قوله ولان في ابطال يد الحقيقة
ولقائل ان يقول كما ان في الرد ابطال يد الحقيقة ففيه اى الرد قبل التسليم ابطال ملكه فان الملك
يثبت للموكل بعد التسليم اليه وكما ان ابطال اليد لا يصح الا برضاه فكذا ابطال الملك قوله ان الوكيل بالشرى اذا
اطلع على العيب بعد رده الى الوكيل فيلزمه المبيع العيب لانه لا يمكن من الرد على البايع اذ التسليم الى الموكل
كل بعد الاطلاع على العيب بالعيب فله دفع هذا الضرر عن نفسه جعلنا له حق الرد وان كان فيه
ابطال ملك الموكل فاما اذا اطلع على العيب بعد التسليم فانه لو لم يرد ورد الموكل عليه كان له ان يرده
على بايعه حيث لم يوجد منه دلالة الرضا بالتصرف فيكون ابطال اليد من غير تضمن دفع الضرر عن نفسه
فانه لا يجوز قال الشارح وهذا لانه انما يعتبر امره فيما لا يملكه المامور بدون امره وهو في قبول
التسليم يستغني عن امر الغير وقبول التسليم من صدع المقايس فالتوكيل باطل فان قلت التوكيل بالشراء
جائز مع ان الوكيل يملك الشرى بدون الامر قلت ان شرى الوكيل يوجب الثمن في ذمة الموكل والتصرف في ذمته لا يملك
الا بالامر بخلاف قبول السلم فانه يوجب المسلم فيه في ذمة العاقد لا احد غيره فجوازه بخلاف القياس بالنص ولم يعرف
الا بان يكون الثمن موجبا للمسلم فيه في ذمة العاقد فيكون التوكيل به امرا ببيع الطعام في ذمته اى في ذمة الوكيل
فلا يصح لانه يملك بيعه في ذمته بدون الامر قوله كان شرى الوكيل يوجب الثمن في ذمة الوكيل دون الموكل كما هو
المشار اليه في بعض المواضع فنقول انما يجوز التوكيل بالشراء على خلاف القياس للحاجة اليه ثم في الشرح قلت قد
يجوز التوكيل بشيء يجب في ذمة الوكيل كما في الوكيل بالشراء فان الوكيل هو المطالب بالثمن فلم لا يجوز توكيل
المسلم اليه غيره بقبول السلم على ان يطالب الوكيل بتسليم المسلم فيه والجامع معنى الدينية فان المسلم فيه دين كالثمن
قلت المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لم يجز الاستبدال به وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من جواز التوكيل بالثمن الذى
هو كالبيع في البياعات جواز التوكيل بقبول المبيع الذى هو الاصل من ذى وجه الى معنا لفظه فان قلت
فما وجه التوكيل بعقد الصرف فانه جائز مع انه توكيل بقبول المبيع الذى هو في ذمته لان البدلين في الصرف
ممتنع اجيب بان بدل الصرف ان كان يثبت دينا في الذمة فهو يتعين بالقبض في المجلس وهنا التعيين
بتعين تعيينا في حالة العقد لئلا يلزم بيع الكالي بالكالي فيكون كبيع العين بالعين والعين المبيع في ملك الموكل
فلا يلزم بيع شيء في ذمته على ان يكون الثمن لغيره او نقول الشراء في عقد الصرف اصل لان الثمنية في الدراهم
والدنانير هو الاصل والعبرة للاصل وانما جعل مبيعا ضرورة ان البيع لا بد له من المبيع وهذا لا يحتمل في الصرف
الغبن الفاحش بالاتفاق ولو كان على وجه الاصالة وكان على الاختلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه فيكون هذا
توكيلا بشراء شيء بثمن يجب في ذمة العاقد وهو جائز ثم ذكر الشارح نقلا عن الذخيرة ان التوكيل بقبول السلم تسليم
بما لا يملك الموكل بنفسه بقضية الاصل لان قبول السلم بيع ما ليس عند الانسان وهو مما لا يمكنه بنفسه
لكنا عرفناه بالنص ان النبي عليه السلام رخص في السلم والرخصة في بيع ما ليس
عنده بخلاف الشرى فانه يصح وان لم يكن الثمن في ملكه لان الشرى بما ليس عند الانسان جائز
على موافق القياس فكان لامره ايضا جائزا على موافقة القياس الى هنا لفظه وفيه نظر

لان هذا يقتضي ان لا يصح التوكيل من جانب رب السلم ايضا لانه توكيل بشرى المعدوم والموكل لا يملكه بقضية الاصل فينبغي
ان لا يملك التوكيل به ايضا والمسئلة بخلافه ولو اعتبر السلم من جانب رب السلم بيع رأس المال في ذمة المسلم اليه فليعتبر ذكر
صار رأس المال بما في الذمة بحق المسلم اليه وايضا التوكيل بالنكاح وجاز بالاجماع مع ان الانسان لا يملكه بقضية الاصل
لما عرف ان الاصل في النكاح الحظر لما فيه من استفراش حرة مكرمة بتكريم الله تعالى لكنه جوز ضرورة الحاجة اليه لبقاء العالم
الى يوم التناد وكذا التوكيل بالطلاق جاز مع ان الزوج لا يملكه بقضية الاصل لما فيه من قطع النكاح
الذي ينتظم به مصالح الدين لكنا جوزناه لمساس الحاجة الى الاخلاص عن سوء معاشرتها وكذا التوكيل
بالبيع بشرط الخيار جايز مع ان الموكل لا يملكه بقضية الاصل كما عرف فعلم ان كون التصرف مما يملكه المرء بقضية
الاصل ليس بشرط لصحة التوكيل به قوله فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد
قلت هذا اذا كان الموكل غايبا عن المجلس اما اذا كان حاضرا يجعل هو صارفا بعينه معاوضة
دون الوكيل لان حقوق عقد الصرف والسلم يرجع الى الموكل لما ان الوكيل فيها بمنزلة الوكيل
في الهبة والقرض اذ الحكم فيهما يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير كما في الشاهان وفيه
نظر لان الشرط في السلم لاجل ان يقع العقد عن الموكل هو نفس القبض لا القبض الملاقي
لمملوك الغير لجواز ان يعقد الوكيل من ماله فيلاقي قبض المسلم اليه محلا مملوكا للعاقد فصح ان يجعل
اصيلا في العقد لان تسليم رأس المال يلاقي مملوكه وقبض المسلم فيه وان كان يلاقي مملوك الغير فقبضه
ليس بشرط لصحة العقد وثبوت الملك بخلاف الهبة والقرض فان العقد فيهما لا ينفذ على الموكل
الا بقبض مال الغير فلا يحتمل ان يجعل اصيلا على انه قد ذكر في الحيل انه اذا عقد الوكيل السلم ثم افترق
الموكل بارأس المال وذهب الوكيل بطل السلم لان تسليم رأس المال من حقوق العقد كانه عاقد
لنفسه ولو عقد لنفسه ثم فارق المسلم اليه قبل تسليم رأس المال لا يجوز السلم كذا هنا وذكر
في المبسوط في باب الوكالة في الصرف والسلم ما يشير الى ان حقوق عقد النكاح السلم الصرف
والسلم يرجع الى الوكيل حيث قال في حكم التقابض المعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس وغيبة
الموكل لا يضر وهذا غير مشكل فيما اذا كان الوكيل ممن يتعلق به حقوق العقد لانه بمنزلة العاقد
لنفسه وكذا ان كان مما لا يتعلق به حقوق العقد لان قبضه وتسليمه صحيح
وان كان لا يتوجه عليه المطالبة ففي حكم التقابض هو بمنزلة وكيل يتعلق به الحقوق
هذا لفظه ووجه الاشارة ظاهر وقد نص عليه في المحيط حيث قال واذا ثبت
ان الوكيل بالسلم جايز فالوكيل هو الذي يطالب بتسليم المسلم فيه عند محل
الاجل وهو الذي يسلم رأس المال لانه العاقد وحقوق العقد يرجع الى العاقد
عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله هذا لفظه وايضا قول المصنف رحمه الله ولا يعتبر
مفارقة الموكل انما يتصور اذا كان الموكل حاضرا عند العقد اذ لا معنى لمفارقته اذا كان غايبا
فليتأمل قوله

قوله اذا دفع الوكيل بالشرى قلت التقييد بالدفع اتفاقي اذ له ولاية الرجوع قبل الدفع ايضا كما مر في الكفالة
وذكر في المبسوط ان للوكيل ان يحبس المبيع من الموكل حتى يستوفي الثمن سواء كان الوكيل دفع الثمن الى
البايع او لم يدفع وهذا ايضا يشير الى ان له ولاية الرجوع قبل الدفع لان ولاية الحبس يبتني على ولاية
الرجوع وبه صرح في الذخيرة حيث قال وللوكيل بالشرى ان يرجع على الموكل بالثمن قبل ان يؤدي الثمن
من ماله بنفسه لان رجوع الوكيل على الموكل بحكم بيع حكمي انعقد بين الوكيل والموكل كان الوكيل اشتراه لنفسه
ثم باعه من الموكل ولو كان هكذا كان للوكيل ان يرجع على موكله وان لم يرجع البايع على الوكيل فكذا ههنا هذا كلامه
قوله مبادلة حكمية اي مبادلة حكما لا حقيقة وقوله وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل تفسير للمبادلة الحكمية
اي لما سلم المشتري للموكل من قبل الوكيل كالبايع من الموكل فانعقدت بينهما مبادلة حكمية لا حقيقية ولهذا صح توكيل شراء ما
لا يجوز شراؤه للموكل كتوكيل المسلم الذمي بشراء خمر او خنزير او توكيل المحرم الحلال بشراء الصيد لانه لو اشترى
الذمي خمرا او خنزيرا ثم باعهما من المسلم لا يجوز فكذا اذا وكل المسلم بشرائهما حيث يصير في الحكم كانه اشترى خمرا او خنزيرا ثم باعهما
من المسلم الحاقا للشبهة بالحقيقة قوله ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل
وقد يشكل الفرق بين الرد بالعيب بين ما اذا استحقت الجارية من الموكل وقد استولدها فانه يجب بغرورا
من البايع لا من الوكيل حتى يرجع بالثمن وقيمة الولد على البايع والوكيل هو الذي الخصومة في ذلك مع
البايع لان الموكل كالمشتري بنفسه من البايع لانه ذنب من وجه ومن الوكيل من وجه فيرد ثانيا لانه كالمشتري من البايع يستحق الضمان في ذمة
البايع لا في ذمة الوكيل ومن انه كالمشتري من الوكيل يكون المطالب بها ذلك هو الوكيل توفيرا على الامرين حظهما بالقدر الممكن كذا
في الذخيرة في كتاب الغرور فكما وفر على الامرين حظهما في حكم الغرور من هذا الوجه وجب ان يوفر
في العيب ايضا بان يكون الرد بالعيب على البايع والوكيل هو الذي يلي الخصومة والا فلا فرق وايضا
التحالف بعد القبض على خلاف القياس بالنص والنص قد ورد في التبايع الحقيقي قال عليه السلام
اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا وقد اريد به حقيقة التبايع فسقط الحكم عن الا
رادة والثابت بخلاف القياس يقتصر على مورده الا ان يكون غيره مثله من كل وجه فيلحق به دلالة
والحكمي مع الحقيقي لا يتماثلان من كل وجه فينا التحالف قبل القبض وبعده كما يشعر به اطلاق المصنف
على المبادلة الحكمية مشكل قوله ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فان قيل الحكم
رجوع الحقوق مختلف فيه فيكون معذورا بهذا الجهل قلنا المقصود من التوكيل عادة الا
ستعانة وذلك برجوع الحقوق اليه كذا في الحاشية فان قلت لان الاستعانة تحصل بمباشرة
التسليم والتسليم من الوكيل ولا حاجة فيها الى رجوع الحقوق اليه على معنى انه ان امتنع يجبر فلا يكون
كونه امانة دليلا على علمه برجوع الحقوق اليه الا يرى ان معنى الاستعانة المقصودة
من التوكيل يحصل اذا كان الوكيل ممن لا يتعلق به حقوق العقد مع عدم رجوع الحقوق
اليه فعلم ان تحقق معنى الاستعانة لا يحتاج الى رجوع الحقوق اليه فالاوجه ان يقال
ان الاصل في المسايل المجتهدة هو العلم فلما لم يقم الدليل على الجهل يحكم بالعلم نعم لو ثبت الجهل

وجب ان يكون معذورا ولا يكون له ولاية الرجوع الا ان الدليل الاول هو الذي ذكره المص يقتضي الرجوع
مطلقا فعلت بالرجوع عند الجهل ايضا قوله فيكون راضيا بدفعه من ماله فكانه امره به فيرجع اليه الايجال
لو كان الرجوع باعتبار الامر لما رجع قبل الاداء كالمامور باداء الدين لانا نقول هذا دليل على ثبوت
ولاية الرجوع له بعد الدفع اما قبله فالدليل الاول فان قلت الوكيل بالشرى يقتضي دينه لان الموكل
اذ الثمن يجب في ذمة الوكيل دون الموكل ففي الزخيرة ان شرى الوكيل يوجب دينين دينا للبائع
على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل فلا تاثير لرضاء الموكل في ولاية الرجوع قلت فقد ذكر في الكافي
في اول الكفالة ان الثمن يجب في ذمة الموكل المطالبة على الوكيل الا يرى ان البائع لو ابرا الموكل عن الثمن صح وكذا
ذكره الشارح وغيره ثمه فلعل في المسئلة روايتين وهذا الدليل بناء على احديهما قوله فلنا هذه الحالة لا يمكن التحرز عنه فلا يكون
راضيا بسقوط حقه في الحبس لما اذا وكل رجل عبدا ليشتري نفسه من مولاه فاشترى له نفسه من سيده فهو الامر
فلو اراد البائع ان يحبس العبد حتى يأخذ الثمن لم يكن له ذلك لان العبد في يد نفسه والمبيع اذا كان في يد الوكيل الذي
حاضر في مجلس الشرى لا يكون للبائع حق الحبس لانه بالعقد مجلسا بين المبيع والمشتري وصار قابضا بنفس الشرا
وصار كالوديعة اذا اشتراها المودع لنفسه او لغيره والوديعة حاضرة في مجلس البيع فانه لا يكون لرب
الوديعة حبسها بالثمن كذا في الكافي ولا يخفى ان التخلية التي تحصل بيد المشتري مما لا يمكن التحرز عنه ومع ذلك
يسقط به حق الحبس جوابه ان التخلية بين المبيع والمشتري مما يمكن التحرز عنه في الجملة وان كان لا يمكن
في هذه الصورة باتفاق الحال بخلاف الاحتراز عن وقوع في يد الموكل عند قبض الوكيل فانه لا يمكن
الاحتراز عنه في شيء من الصور فكان من الضروريات قوله فان حبسه فهلك كان واعترض بانه
ينبغي ان يهلك مضمونا حبس او لم يحبس لان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري لا يكون مضمونا على البائع بمعنى سقوط الثمن
بخلاف المبيع في يد البائع فانه قبل الحبس قبض والمبيع يهلك مضمونا على البائع حبس اولا والجواب اما على طريق
ان يقع قبضه للموكل ابتداء فالحبس صار مفردا فظاهر لانه قبل الحبس قبض الموكل وهو كالمشتري من الوكيل والمبيع اذا كان في يد المشتري لا يكون
مضمونا على البائع حبس بمعنى السقوط الثمن بخلاف المبيع في يد البائع فانه قبل الحبس في قبض البائع لا يهلك مضمونا عليه ان لم يحبس
واما على طريق ان يقع قبض الوكيل موقوفا فكذلك لانه عند الهلاك قبل يجعل قبضه للموكل حتى يجب ضمان الثمن عليه وهذا لانه انما
يجعل قبضه موقوفا لتوهم حبسه فاذا لم يبق حبسه ممكنا جعلنا للامر فيكون هلاكه في قبض المشتري وهو لا يوجب
الضمان على البائع ولو سلم ان قبضه لا يقع للموكل عند الهلاك فهو لا يقع للوكيل ايضا فلا يكون مضمونا عليه
والحاصل ان المبيع انما يكون مضمونا عليه بمعنى سقوط الثمن اذا كان المبيع في قبضه وهو لا يكون في قبض الوكيل
الا بالحبس في قبل الحبس في قبض الموكل او حالة موقوفة فلا يتعين الا بالحبس بخلاف البائع فان المبيع يكون في قبضه
حتى يسلمه الى المشتري حبس او لم يحبس فيهلك مضمونا عليه وان يجب وقد اجيب بان الوكيل تابع في حق الحقوق
رسول في حق الملك ففعل الرسول كفعل المرسل فمن حيث انه تابع يهلك مضمونا اذا حبسه ومن حيث
انه رسول يهلك امانة اذا هلك قبل الحبس توفيرا على الشبهين حظهما قوله ارطالا من الرطل يختلف الرأي وكثره
خفة من قوله لم يذكر الخلاف في الاصل فقال لزم الامر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمامور

قوله بدل ملكه وجوابه ان الدرهم كله لا يجب للموكل حتى يكون اللحم بدل الدرهم الذي في ملكه للموكل بل نصف الدرهم
في ذمة الوكيل ثم الفاصل بين التوكيل بشرى اللحم والتوكيل ببيع العبد ان المقصود الاول شراء عشرة ارطال
من اللحم دون صرف الدرهم كله فيزاد عين الدرهم لم يكن راضيا بالزيادة فيكون للوكيل بخلاف مسئلة العبد اذ المقصود
هو بيع العبد لا الاعيان الالف فلما كيلا يبيعه بالف فهو فلما باع بالفين كان ارضى به قوله لانه يؤدي الى تغرير
الامر حيث اعتمد عليه وانه نظر بما يوجد الاول ان الوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا نكحها بمثل المامور
به يقع النكاح عن الوكيل وفيه تغرير الامر والثاني ان الوكيل بنكاح امرأة بعينها لو كان مسمى فاشتراه الوكيل
بخلاف جنسه او لم يكن مسمى لكنه اشتراه بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشتراه الثاني عند غيبة الاول يثبت
الملك للموكل الاول في هذه الوجوه مع ان فيه تغرير الاول والثالث ان التغرير حرام والحرمة للغير لا تمنع
جواز البيع قلت اما الجواب عن الاول فلان التغرير حرام فوجب الاحتراز عنه والحمل على الصلاح ما امكن
والوكيل بالشرى اذا اشترى لنفسه ولم يخالف الامر يوجد يجعل شراؤه للموكل باثبات الملك له ودفعا للضرر
عنه وقد امكن ذلك لان حكم الشرى مما يحتمل الفصل عن السبب كما في الشرى بخلاف النكاح فانه من الاسقاطات
فلا يحتمل الفصل عن اسبابها فالوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا نكحها لنفسه يقع النكاح منه لتعذر جعله للموكل
اذ لو جعل له يلزم فصله عن السبب فيحتمل الضرر ضرورة انه لا سبيل الى دفعه بخلاف ما اذا خالف الامر
حيث لا يمكن دفع الغرور ايضا بالتزام العقد على الامر لانه لو لم يرض بهذا العقد بالجملة هنا بخلاف العقد
للغرور بل بوقوعه للامر دفعا للغرور وهذا البحث من الفساد في شيء وذكر في الذخيرة الفرق بين الوكيل
بشراء عبد معين والوكيل بنكاح امرأة بعينها ان الداخل تحت الوكالة بنكاح مضاف الى الموكل فان الوكيل
بالنكاح يضيف النكاح الى موكله فيقول تزوجت لفلان فاذا قال تزوجتك فلم يات بالنكاح المامور به
فينعقد على الوكيل ان الداخل تحت الوكالة بشراء شيء بعينه شراء مطلق بمثل الثمن المامور به لان الشراء لا يضاف
الى الموكل وقد اتى بذلك والوكيل اذا اتى بما دخل تحت الوكالة يقع للموكل هذا كلامه وقد يشكل
بان الشرا المطلق انما داخل تحت الوكالة فالشراء مع الاضافة الى الوكيل
غير داخل فيه والكلام في الشرا الذي يضيفه الوكيل الى نفسه بان يقول الوكيل اشتريت
بيع بعينه اشتريته وجوابه ان الشرى المضاف الى الوكيل كالمطلق لوجوب الغاء الاضافة دفعا للغرور
يقع عن الموكل فكذا المضاف الذي الغيت الاضافة والنكاح المطلق عنها لا يقع عن الموكل فيه
لدفع الغرور ولا يمكن الغاء الاضافة الى نفسه في النكاح لانه بعد الالغاء يصير مطلقا عن
الاضافة والنكاح المطلق عنها لا يقع عن الموكل بل لا بد من الاضافة فلا يفيد الغاء الاضافة
فيه افادة الغرض فيبقى معتبرا والمضاف ليس بداخل تحت التوكيل فيقع عن الوكيل ضرورة
قوله ولان فيه عزل نفسه الخ وفيه بحث اما اولا فلانه عزل حكمي وعزل
الموكل وكيله بالعزل الحكمي بان باع عبدا وكله ببيعه لا يتوقف على علم الوكيل بخلاف العزل الوكيل
فكذا عزله لنفسه اذا كان حكميا بان اشترى لنفسه ما وكل بشرائه للموكل يجب ان لا يتوقف على علم الموكل واما

فلان شراه لنفسه بخلاف جنس الثمن الذي سماه الموكل او بالعوض ايضا عزل لنفسه مع ان ذلك يقع عن الوكيل
والجواب اما من الاول فلان العزل الحكمي انما ينفذ بغير محضر عن الآخر لانه يقبل الرد وعزل الوكيل نفسه في
ضمن شراء شيء وكل به لنفسه عزل لا يحتمل الرد لانه يقبل شراؤه هذا الموكل فيعتبر عزلا قصديا كما صرح به في الذخيرة
في كتاب الحيل حتى لو لم يكن جعله للموكل بان اشترى ذلك الشيء لنفسه بالعوض او بجنس آخر من الثمن الذي عينه
الموكل او بالزيادة عليه وقع عن الوكيل وينعزل عن الوكالة بغير علم من الموكل لانه عزل لا مرد له وهذا
اخرج للجواب من الكل نعم لا وجه لانعزاله عن الوكالة بشرائه لنفسه سوى ما ذكر واما انه ح لا يملك الشراء
للموكل من حيث ان الوكيل بالشراء لا يملك شراء عبده للموكل وذلك مشكل اذ يمكن للوكيل ان يشتري هذا العبد
من بايعه ثانيا للموكل ويقتضي ذلك فسخ البيع الاول الا يرى ان الوكيل بشراء عبد بعينه اذا اشترى
عبدا فاختلفا فقال الموكل اشتريته لنفسك وقال الوكيل اشتريته لك والعبد حي فالقول للوكيل عند ابي يوسف
ومحمد وعللوه بانه يملك استيناف الشراء للموكل بان يشتريه ثانيا من البايع فيقتضي ذلك فسخ البيع الاول
وجوابه ان ما ذكر من انه يملك استينافه بالوجه المذكور فذلك تخريج ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على
تخريج ابي حنيفة رحمه الله فغير مسلم كيف والوكيل لا يستبد بالشراء ثانيا فكيف يعتبر مالكا للاستيناف فيحمل قوله
ولانه فيه عزل نفسه على الوجه الذي ذكر واني انزله على تخريج ابي حنيفة رحمه الله قوله ولا يملكه على ما قيل الا
بمحضر من الموكل هذا اشارة الى اختلافهم في اشتراط حضور الموكل لصحة العزل وذكر المصنف رحمه الله في باب
الوصي فرق بين الوصي والوكيل فقال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجهه ورده في غير وجهه فليس برد بخلاف
الوكيل بشراء عبد بعينه او بيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر ههنا لانه قادر على التصرف بنفسه الى
هنا كلامه وقال الشارح هناك هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة
والقاضي الصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضي خان لانه ذكر في هذه الكتب ان
الوكيل اذا عزل نفسه من الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة
ولكن ذكر في فتاوى قاضي خان في الوكيل بشراء شيء بعينه اذا اخرج نفسه لا يملك الا بمحضر من الموكل ثم العجب
من الامام قاضي خان انه ذكر في الجامع الصغير مع هذا ما يوافق رواية الهداية فقال الفرق بين هذا
اي بين الوصي وبين ما لو وكل رجلا فرده الوكيل يصح رده سواء رده في وجه الموكل او في غير وجهه لان في الوكالة
الموكل قادر على التصرف فلو صح الرد لا يتضرر به الموكل ولا يصير مغرورا بخلاف الوصي والله اعلم تم كلامه قلت
لما كان في اشتراط حضور الموكل لصحة العزل اختلاف الروايات فلا عجب ولا اشكال قوله فاشترى بخلاف
جنسه بان كان امره بالشراء بالف درهم فاشتراه بمائة دينار او بالعكس جعل محمد الدراهم والدنانير
في هذه المسئلة جنسين مختلفين وكذا في مسئلة الشهادة حتى ان احد الشاهدين اذا شهد بالدراهم
والآخر بالدنانير او بالدراهم والمدعي يدعي الدنانير او بالعكس لا تقبل الشهادة وكذا في باب
الاجارة حتى ان من استأجر من آخر دارا بدراهم واجرها من غيره بدنانير او على العكس وقيمة
الثاني اكثر من الاول يطلب له الزيادة وقد اعتبرهما جنسا واحدا في تكميل نصاب احدهما

كما ... محمد
جعل الدراهم والدنانير
جنسين اذا شهد احدهما
بالدراهم والآخر بالدنانير
او بالعكس لا ...
وكذا في باب الاجارة

بالآخر في باب الاكراه فان المكره على البيع بالدراهم لو باع بالدنانير او على العكس كان بيعه مكرها
وصاحب الدراهم لو ظفر بدنانير من عليه كان له ان يأخذها ويبيع بالدنانير بجنسه حقه كما لو ظفر بدراهم الا في
سادة عن محمد وكذا اذا باع شيئا بالدراهم ثم اشتراه بالدنانير قبل نقد الثمن على العكس والثاني
اقل قيمة من الاول كان البيع فاسدا استحسانا قوله ولو اشترى الثاني بحضرة الاول ينفذ على
الموكل لانه حضره رأيه وهذا بخلاف الوكيل بالطلاق اذا وكل غيره فطلق الثاني بحضرة الاول لا يقع لان
فعل الاول جعل بمنزلة الشرط لوقوع الطلاق فلا يقع دونه وهذا من قبيل الاثباتات فلا يقبل التعليق
كذا في بعض الشروح واعترض عليه بان التوكيل بالطلاق يرتد برد الوكيل ويصح عزل الوكيل عنه
فلو كان بمنزلة التعليق بعبارة لما صح العزل من الموكل ولا الرد من الوكيل وبانه لو وكل وكيلين
بالطلاق فطلق احدهما صح فلو كان هذا التوكيل تعليقا للطلاق بعبارتهما لما يقع الطلاق لفقد شرطه
وهو عبارتهما والجواب ان التوكيل في الحقيقة انابة واستعانة وفيه معنى التعليق ايضا
فمن حيث انه انابة واستعانة قلنا بانه يصح عزل الموكل ورد الوكيل اذ الموكل بما يستغني
عما وكل به وجواز التوكيل لدفع الفقر فيعود الامر الى موضعه بالنقض وكذا يتفرع بعدم صحة الرد على
لا يخفى ومن حيث انه تعليق قلنا لا يصح اطلاق غيره وان كان بحضرته عملا بالاعتبارين فالاعتراض
انما يتوجه ان لو كان التوكيل تعليقا محضا وليس كذلك لان التوكيل بما لا يحتمل التعليق صحيح ولو كان
تعليقا محضا لما صح وذكر الشارح نقلا عن الذخيرة ان الوكيل بالطلاق والعتاق رسول
لان العمل بحقيقة الوكالة متعذر لان التوكيل تفويض للرأي الى الوكيل وجعله بمنزلة المالك
وتفويض الرأي انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الرأي والطلاق والعتاق المفردان لا يحتاج فيهما الى
الرأي فتعذر العمل بما يقتضيه حقيقة الوكالة فجعلناها مجازا عن الرسالة لانها تفيد معنى
الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فصار مأمورا بنقل عبارة الامر لا بشيء آخر وتوكيل الآخر
والاجازة ليس من النقل في شيء فلذلك لا يملك التوكيل بخلاف البيع ونحوه فان العمل بحقيقة الوكالة
ممكن لانه مما يحتاج فيه الى الرأي فاعتبر المأمور وكيلا الى ههنا لفظه وفيه نظر
لان الوكالة في الطلاق والعتاق المفردين لو كانت رسالة في الحقيقة لزم على الوكيل
بهما ان يقول فلان ارسلني اليك قال اي بعث منك العبد فيلزم ح ان
يكون الوكيل في الطلاق والعتاق مخبرا عن طلاق وعتاق اوقعهما الموكل وان
وان وقع الطلاق والعتاق قبل اخباره لاستبداد الزوج والمولى
بايقاعهما وايضا التوكيل عبارة عن تمليك التصرف الذي يملكه
الموكل احتاج ذلك التصرف الى الرأي او لا واليه اشار المص في غير
موضع ونحو ذلك ان الوكالة شرعت للحاجة وهي قد تمس فيما لا يحتاج الى الرأي ايضا والجواب
ان معنى الرسالة في التوكيل بالطلاق والعتاق المفردين غالب منه حيث

ان الحقوق راجعة الى الموكل كما في الرسالة وانه ليس فيه تفويض الرأي كما لا يكون
ذلك في الرسالة فغلبة معنى الرسالة فيه صار كانه مجاز عن الرسالة ولكنه ليس برسالة
حقيقة حتى يلزم على الوكيل ان يقول مثل ما يقوله الرسول فيكون اخبارا عن طلاق وعتاق او
قوله مانه لا يصح الا كما لا يصح ذلك في الرسالة وهذا هو محط الذخيرة والله اعلم قوله لان فيه اي
اذا نقد من مال الموكل واضافة الى مطلق الدراهم تفصيلا وخلافا وهذا اي قوله يشتريه بمال
الموكل بالاجماع مطلق لا تفصيل فيه فيجب ان يحمل على صورة الاضافة التي هي المجمع عليها ولا
تفصيل فيها نقول هذا وقوله هو عبارة عن قوله يشتريه بمال الموكل ويمكن ان يكون قوله وهذا
اشارة الى ما اضيف الى مال الموكل وقوله وهو اشارة الى قوله يشتريه بمال الموكل يعني لان
في النقد تفصيلا وخلافا فيحمل على ما لا خلاف فيه وهو ان اضافه قوله كلا الحالة على ما يحل له شرعا
او يفعله عادة قلت كلا التعليلين للمسئلة الاولى دون الثانية اما الاول فلان الشراء لنفسه باضافة
الى دراهم غيره حرام اما الشراء لغيره باضافة العقد الى دراهم نفسه فليس بحرام اما الثاني فلانه
وان كان يصلح تعليلا للثانية لان العادة جرت بان الشراء اذا كان مضافا الى دراهم نفسه
يكون لصاحب الدراهم الا ان المص لم يجعله تعليلا على المسئلة الاولى حيث قال اذ الشراء لنفسه
باضافة العقد الى دراهم غيره منكر شرعا وعرفا وذكر في الشاهان قوله حلالا تعليلا للمسئلة
الاولى وقوله او يفعله عادة للثانية ويجوز ان يكون التعليلان للمسئلة الاولى والحكم في الثانية
بطريق الدلالة لانه كما لا يحل له ان يشتري لنفسه بنقد الثمن من دراهم غيره فكذا لا يحل
ان يشتري لغيره وينقد الدراهم نفسه اما العادة فجارية على ان يشتري لنفسه وينقد الى
دراهم نفسه كذا على العكس ليس بحرام صرح بذلك في حاشية الكبيرة فلا يمكن ان يثبت الحكم في مسئلة
بهذا الكلام وفيه نظر اما اولا فلما ذكرنا ان المشتري لغيره باضافة الى
العقد الى دراهم نفسه ليس بحرام صرح بذلك في حاشية الكبيرة فلا يمكن ان
يثبت الحكم في مسئلة الثانية بدلالة التعليل الاول الا ان يقال الشراء لغيره مع اضافة
العقد الى مال نفسه ان كان لا يحرم عند التصريح بانه يشتريه لغيره لكنه ينبغي ان
ان يحرم ذلك عند اطلاق العقد وعدم اضافته الى الغير مجازا لان
ان العقد المضاف الى دراهم العاقد لا يكون الا لنفسه عادة والمعتاد كالمشروط
ولو شرط الشراء لنفسه بان قال اشتريت لنفسي لا يحل له بعد ذلك التزام هذا
العقد على غيره لما فيه من الاضرار بالبائع فانه ربما يرضى بالبيع على ان يكون العاقد هو الاصيل
ولا يرضى به على ان يكون العاقد هو الاصيل فيه ولا يرضى به على ان يكون هو دليلا غيره لمصلحة وغرض
الي في اضاف الشراء الى مال نفسه باع لحال منه معتقدا على ان يشتريه لنفسه فلو ظهر بعد ذلك انه
اشتراه لغيره تضرر به البائع فلا يحل للمشتري ذلك هو الظاهر هو الاجتناب عن لا يحل فيكون العقد

للمأمور دون الآمر واما ثانيا فلما ذكرنا ان قول المص اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم
غيره مستنكر شرعا وعرفا يأبى ان يحمل قوله او يفعله دليلا على الثانية وان كان هو يصلح دليلا عليه بقطع النظر
عن تعليل المص بقوله او الشراء الى آخره قوله مستنكر شرعا حيث ينتفع به من حيث تقدير الثمن به
وفي الشرح لانه يصير غاصبا لدراهم الآمر وفيه نظر اذ الغصب لا يتحقق الا بازالة اليد المحقة واثبات اليد
المبطلة وهذا النوع من الانتفاع لا يوجب ازالة اليد فلا يكون غصبا فيكون كالانتفاع بمال غيره
بالاستظلال بظل غيره بالاستظلال ومثله ليس بغصب قوله وهو الترجيع اي محل الترجيع او
سبب الترجيع وهو العقد وفي بعض النسخ وهو هذا ابر سبب الترجيع وهذا اظهر قوله لانه موضع تهمة وذلك
ان الظاهر ان يكون الانسان لنفسه لا لغيره فيحكم بهذا الظاهر بانه اشتراه لنفسه ثم رأى الصفقة
خاسرة الزمها الآمر فان قلت ان المشتري بمثل القيمة فلا تهمة لان الصفقة ليست بخاسرة وان اشترى
بزيادة لا يتغابن الناس فيه فلا خلاف في ان هذا الشراء يقع للوكيل قلت جاز ان يكون الصفقة
خاسرة لكن العاقد يظنها خاسرة فيلزمها الآمر بناء على زعمه فان قوله لا تهمة يملك الاستيناف كما لا يجب
يمنع ذلك عند ابي حنيفة لان الاستيناف لا يمكن الا بشراء ثانيا من البائع ليتضمن فسخ البيع وربما
لا يتفق ذلك بان غاب البائع ولم يرض بالبيع ثانيا وفسخ البيع الاول قوله ثم اختلفا ان فسر
الاختلاف بان يقول الآمر اشتريته لنفسك وقال المأمور اشتريته لك فلا وجه لبيان الوكيل
يشتري شيئا بعينه لو اشترى لنفسه يقع عن الآمر كما اذا اتفقا على الشراء لم يكن لهذا الاختلاف
معنى لانه واقع للآمر في الحالين فان فسر الاختلاف بالاختلاف في اصل الشراء بان قال الآمر
لم يشتر ما امرت به وقال المأمور اشتريت فله وجه ولكن قوله لا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا
يملك شراءه لنفسه ثانيا لانه ان كان لا يملك شراءه لنفسه فقد جاز ان لا يشتريه للآمر وقد فرض
الخلاف بينهما في نفس الامر الشراء اهل كان فاما الا في الشراء للآمر او للمأمور قوله والعبد حي نافيا
ما الفائدة في قوله والعبد حي والمسئلة في العبد المعين ينفسخ التصرف للموكل بالنظر الى الدليل
سواء كان العبد حيا او ميتا قيل كذا في الحاشية قلنا ذكر في الكافي ان هذه المسئلة
على ثمانية اوجه لانه اما ان يكون مأمورا بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل وجه على وجهين ان يكون
الثمن منقودا او غير منقود وكل وجه على وجهين اما ان يكون العبد حيا حين اخبر الوكيل او
فان كان مأمورا بشراء عبد بعينه فان اخبر عن شرائه والعبد حي فالقول للمأمور اجماعا منقودا
كان الثمن منقودا او غير منقود وكل وجه على وجهين اما ان يكون العبد لانه اخبر عن امر يملك استينافه والمخبر
في التحقيق الثبوت يستغني عن الاشهاد فيصدق وان كان العبد ميتا حين اخبر فقال هلك عندي بعد الشراء
وانكر الموكل وان كان الثمن غير منقود فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك استينافه وغرضه الرجوع بالثمن
والآمر منكر وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور مع يمينه لان الثمن كان امانة في يده وقد ادعى الخروج
عن عهدة الامانة فكان القول قوله وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال

المأمور اشتريته وقال الآمر لا بل هو عبدك فانه كان الثمن منقودا فالقول للمأمور مع يمينه الى آخر ما ذكر
في الكتاب فظهر ان المسئلة التوكيل بشراء عبد بعينه تختلف في الحي والميت فصح التقييد بقوله والعبد
حي احترازا عما اذا كان ميتا واما قوله تظرا الى الدليل فنقول بل الدليل دل على خلافه لانه لا يملك استئنافه
اذا كان العبد ميتا وما يقال ان الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك الشراء لنفسه فالظاهر انه اشتراه
للآمر فينبغي ان يكون القول للمأمور وان كان العبد ميتا قلنا ان الظاهر لا يكفي للالزام والمأمور
يريد الرجوع بالثمن على الآمر اذا كان العبد ميتا والثمن غير منقود **قوله** لان الوكيل بشراء شيء
بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن فان قلت ان كان لا يملك بمثل ذلك الثمن فان قلنا
ان كان لا يملك بمثل ذلك الثمن فقد يملك بخلاف جنسه وبغير النقود فيحتمل
ان اشتراه لنفسه ثم لما راى الصفقة خاسرة الزمها الآمر قلت نعم انه يملك شراءه لنفسه
بهذا الطريق ولكن لا اشكال ان فيه تغريرا للمرء انه حرام والظاهر انه لا يباشره **قوله** اقرار منه بالوكالة فان
قلت لم نسلم بانه اقرار بالوكالة وجاز ان يكون فضوليا في الشراء فنقول الظاهر من حاله ان لا يتصرف في العين في
ماله بغير اذنه كذا في الحاشية وفيه نظر لان هذا انما يكون ظاهرا من حاله ان لو كان تصرف الفضولي حراما
متضمنا ضرر الغير وليس كذلك بل هو حلال نافع للغير على ما مر في فصل الفضولي والظاهر من حال الانسان
الاجتناب عن الحرام لا عن الحلال فالاوجه ان يقال شراء الفضولي لا يتوقف بل ينفذ على المشتري فلو لم
يحمل على التوكيل لضاع قوله لفلان ويلغو والاصل عدم الالغاء ولقائل ان يقول الحاجة
ههنا الى الزام التوكيل على المشتري والظاهر وان كان عدم في الكلام فالظاهر لا يكفي للالزام فالاولى
في تقرير الجواب ان قوله بعه لفلان يقتضي التوكيل منه اذ الشراء انما يتحقق لفلان اذا كان وكيلا من
قبله اذ لو كان فضوليا لوقع الشراء له ولا يكون لغيره فيكون التوكيل ثابتا اقتضاء والثابت اقتضاء كالثابت
بالعبارة **قوله** وعليه العهدة ان كان متصلا بقوله لم يكن له فالضمير في عليه للمأمور اي وعلى المأمور عهدة لزوم العقد ان نفذ على
~~المأمور وان كان متصلا بقوله لم يكن له فالضمير في عليه للمأمور اي وعلى المأمور عهدة لزوم العقد~~ الان يسلمه بالضمه
للآمر على الآمر العهدة اي عهدة الاخذ بتسليم الثمن الى المأمور وعلى الاول قوله لانه صار مشتريا بالتعاطي دليل على قوله
فيكون بيعا وعلى الثاني دليل على قوله وعليه العهدة **قوله** لزمه اي لزم المشتري العقد لان شراء الفضولي يلزم العاقد ولا يتوقف
على الاجازة ثم اذا سلمه المشتري يكون بيعا بالتعاطي **قوله** عبدين بعينهما قيد بقوله بعينهما لانه لو ترك عليه سلام المسئلة السابقة في قوله ولو امر
ان يشتري بها بالعرف فانهما لا يتطرق الا في التعيين قبل ان يختصما فيه لانه لو اشترى الثانية في بابق من الالف بعد خصومة
لا يلزم الآمر لانهما لما تخاصما الى القاضي والزم القاضي العبد المشتري بالزيادة على خمسمائة على المأمور لكان الحق لغة
لزم العبد المأمور فبعد هذا وان اشترى الثاني ببقية الالف لم يحصل عوض الآمر وهو سلامة
العبدين له بمقابلة الالف لتعذر سلامة العبد الاول بعد حكم القاضي بلزوم العبد المشترى على
المأمور وانقطاع حق الآمر عنه فعلى هذا يجب ان يراد بالاختصام قضاء القاضي بلزوم العبد
المشتري للوكيل لانه سبب القضاء فذكر السبب واريد به المسبب وذلك لان نفس الاختصام قبل حكم القاضي

لا ينافي حصول العوض للآمر بشراء الثاني ببقية الالف انما المنافي له القضاء القاطع حق الموكل عن العبد
قوله لان في تعيين المبيع تعيين البائع لانه لا يعين المبيع فقد يعين مولاه لانه لا يتصور الا من مولاه
فكأنه قال اشتر هذا العبد من مولاه كذا في الحاشية وقد يقال تعيين المبيع لا يوجب تعيين البائع
اذ الشراء قد يكون من مولاه وقد يكون من عبد مأذون له وقد يكون من وكيله فصار كالوكيل بشراء
عبد بعينه بعينه اللهم الا ان يكون هذا بناء على الاغلب اذ الغالب ان الشراء لا يكون
الا من المولى على ان الجهالة لا تضر لان المبيع اذا كان معينا فلا يضر تمليك الدين لمن ليس الامر
مالكه سواء كان الشراء منه او من وكيله او عبده فيكون تمليك الدين من غير المديون في
كيله بقبضه غير ان المالك قد يقبض بنفسه فيه بقبضه نيابة اما ما كان فالقابض في المعنى
هو المالك هو الوكيل بالقبض وتمليك الدين من غير من عليه بعد توكيله بقبضه جائز
وهنا كذلك **قوله** انها تتعين في الوكالة وفي الذخيرة الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالة قبل التسليم
بلا خلاف لان الوكالة وسيلة الى الشراء فتعتبر بنفس الشراء وهما لا يتعينان في الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة
اليه واما بعد التسليم الى الوكيل هل يتعينان بعضهم قالوا يتعين لان الوكالة
وسيلة الى الشراء فتعتبر به وهما يتعينان في الشراء بعد التسليم
فكذا فيما هو وسيلة اليه ولان يد الوكيل امانة وهما يتعينان في
الامانات وعامتهم على انهما لا يتعينان وفائدة التعيين والتسليم على قولهم شيئان
احدهما توقت بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة والثاني ان الموكل اذا دفع
الدراهم الى الوكيل يريد شراءه حال قيام الدراهم في يد الوكيل والثاني
قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب له عليه لان الشراء الوكيل يوجب دينا
للبائع على الوكيل ودينا للبائع على الموكل بهذا اللفظ وقوله انها تتعين
في الوكالات ممنوع على قولهما كما هو مذهب العامة وهذا احسن في الذخيرة في
هذه المسئلة حيث قال هما يقولان بان الدراهم لا يتعينان في الوكالة كما لا يتعينان
في الاشربة فلغت الاضافة اليها فهذا التعليل بما هو عين الشراء واول المسئلة
ثم يشكل على القول بانها يتعين في الوكالة ما اذا دفع الى رجل الف درهم وقال
ادفعها الى فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها فانه لا يكون متبرعا وله ان يحبس الالف التي دفع اليه بجهة فلو
تعينت الدراهم المدفوعة في الوكالة كان الوكيل مأمورا بقضاء الدين من تلك الدراهم فاذا قضى من دراهم نفسه
صار قاضيا بغير امره فيجب ان يكون متبرعا **قوله** ان الدراهم وان كانت تتعين في حق الوكالة بعد القبض حتى يبطل الو
كالة بهلاكها فهي لا تتعين في حق القضاء الا يرى ان للطالب ان يدفع الى الطالب الدراهم
غير ما دفع الى الوكيل وان القضاء لا يسقط بهلاكها وانما يعتبر هذا التعيين في حق القضاء صار في
حقه كأنه قال اقض ديني فيكون قاضيا بامره باعتبار جانب القضاء ولا يكون متطوعا وباعتبار جانب الوكالة

لا تتعين في الوكالة [illegible] في الذخيرة قبل التسليم

تبطل الوكالة بهلاك الدراهم

جبرا قاضيا بعين امره فيكون متبرعا فلا يكون متبرعا بما ادى بالشك كذا ذكره في الذخيرة وفيه بحث
لانه لما دار بين ان يكون متبرعا او قاضيا بامره واجيب لا يجعل قاضيا بامره بالشك وبعبارة اخرى
انه لما قطع جانب الوكالة ان يكون متبرعا وانقطع جانب الدفع ان يكون متبرعا ووقع الشك
في وجوب الضمان له على الدافع وفي ثبوت ولاية جنس الدراهم المدفوع حقا للقضاء وكل ذلك
لم يكن ثابتا فلا يثبت بالشك وايضا هذا يقتضي ان لا يتعين الدراهم الدين في حق المشتري ايضا
الا يرى ان الموكل لو اشترى بغيرها جاز وان هلكها لا ينتقض ولانه اشترى بعين ما ذكر في الفقها
فلا يصح بالمسئلة الشرى من قبل ابي حنيفة بمه على تعيين الدراهم في الوكالات كما ذكر المصنف
بعد وايضا لو دفع الى رجل دراهم ووكله بان يقضي به دينه فباع الوكيل من الطالب دنانير
او عروضا بدينه يصير متطوعا فلو لم يتعين الدراهم المدفوع الى الوكيل من الطالب دنانير
لقضاء الدين في حق القضا لما صار متطوعا كما لو امر بقضاء الدين ولم يدفع اليه شيئا فباع الوكيل من الطالب دنا
نير او عروضا بدينه يصير متطوعا حيث يجوز ونحن على الوكيل ولا يصير متطوعا ثم ذكر في نوادر هشام عن محمد في
دفع الى رجل الف درهم وامره ان يعطيها غريمه فاعطاه المأمور غيرها من عنده او باعه بها ثوبا
او كان للمأمور على الغريم الف درهم فجعلها قصاصا بها فهذا كله جائز قال هشام يعني لا يكون
متطوعا فيها اذ كذا في الذخيرة قلت ان نمنع قوله واذا تعينت اي الدراهم والدنانير في الوكالات
كان هذا اي التوكيل بان يشتري بما عليه من الدراهم والدنانير عبدا بغير عينه تمليك الدين الى امرا
تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه والا فنفس التوكيل ليس بتمليك للدين
انما هو امر به وذلك اي تمليك الدين من غير من عليه من غير ان يوكله بقبضه لا يجوز فكذا الامر به و
لقائل ان يقول انها وان تعينت في الوكالة لكن لا تتعين في الشرى وهذا التوكيل بالشرى
انما يكون امرا بتمليك الدين من غير من عليه اذا كانت الدراهم والدنانير يتعينا في الشرا ايضا قوله
وذلك لا يجوز وهذا لان الموكل لا يملك تمليك الدين من غيره فلا يكون التوكيل به ايضا فان قلت
هذا الوجه يقتضي ان لا يصح التوكيل وان عين البائع لان الموكل لا يملك الشرا من شخص معين بدين
على الوكيل فلا يملك الامر به ايضا قلت جوابه سيأتي بعد ثم انما لا يجوز تمليك الدين من غير من عليه
لان تمليك اسقاط منه وجه لكونه وصفا والاسقاط انما يتصور في حق من عليه دون غيره الا اذا
وكله بالقبض لان بالقبض يصير مالا من كل وجه ثم تمليك القابض فيكون هذا تمليك الدين في الحقيقة
وذلك جائز قوله او يكون مالا تملكه الا بقبضه ومعنى هذا التردد ان هذا تمليك التوكيل ان اعتبر توكيلا
بالشرا بالدين من حيث انه هو يلزم الامر تمليك الدين من غير من عليه وان اعتبر توكيلا بعين يتعلق
به الدين كان دهرا بصرف ما لا يملكه الا بقبضه وهذا الامر وعدمه بمنزلة قوله لانه يصير وكيلا عنه
بالقبض ثم تمليكه فان قلت هذا اشكل فيما اذا اشترى بدين له على آخر حيث لا يجوز وان امكن ان
يجعل البائع وكيلا عنه بالقبض قلت عدم الجواز هناك لكونه بيعا بشرط فيه اذ الثمن على الغير ولان

ولان البائع لو صار وكيلا بالقبض يصير وكيلا في ضمن المبايعة فلا بد ان يثبت المتضمن ليثبت
المتضمن والمبايعة لم يثبت لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه فلا يثبت المتضمن بخلاف
ما نحن فيه لان التوكيل بالقبض يثبت بالامر الآمر وانه يسبق الشرا وهذا بخلاف ما اذا وهب
الدين من غير من عليه حيث يصح الهبة ويثبت الامر من الواهب للموهوب له بالقبض سابقا
على التمليك معنى كذا في الشامل والجوابين نظر اما في الاول فلانه انما يلزم اشتراط
الثمن على الغير ان لو تعينت الدراهم والدنانير في العقود وهما لا يتعينان في العقود عينا
كان او دينا فلغت الاضافة الى الدين وبقي العقد مضافا الى مطلقهما ولان البائع لو جعل
الوكيل بالقبض من المشتري ثم تملكه لكان المؤدي على ذلك التقدير هو المشتري دون الموكل
فلا يلزم فيه اشتراط الثمن على الغير فالاولى ان يقال عدم الجواز عنه لكونه بيعا بشرط فيه قبض
البائع دين المشتري على غيره له ثم لنفسه وانه شرط لا يقتضيه العقد فيكون مفسدا
واما في الثاني فلان التوكيل بالقبض فيما نحن فيه ان كان يسبق الشرا فهو لا يسبق التوكيل
بالشرى بل يثبت في ضمن التوكيل فلا بد وان يثبت الضمن ليثبت المتضمن والتوكيل بالشرا
لا يمكن ان لا يثبت قبل ثبوت التوكيل بالقبض لما عينه من الامر بتمليك الدين من غير عليه
والامر به باطل كبطلان التمليك فلا يثبت المتضمن ايضا ولا يخفى ان الحاجة هنا الى التوكيل بالقبض انما
لتصحيح التوكيل بالشرا لا لتصحيح الشرا والتوكيل بالقبض على انا لا نسلم ان البائع لو صار وكيلا
يصير في ضمن المبايعة متأخرا عنه لان صيرورته وكيلا لتصحيح التمليك فيكون ثابتا
بالاقتضاء والمقتضى يثبت سابقا وما ذكره الشارح يقتضي ان يكون صيرورته وكيلا بطريق
الاشارة دون الاقتضاء وهو غير مستقيم لانه لازم متقدم والتقدم من اللازم مقتضى
وليس باشارة على ما عرف في الاصول فالاظهر في الجواب ان يقال انما لا يصح الشرى
بدين له على الآخر لان الدين لا يعتبر مالا الا في حق الدين له ولاية الايفاء والاستيفاء وهو
الدين والمديون فاذا لم يكن مالا في حق غيرهما كالمشترى بدين غير مبادلة مالا بغير مال
وانه باطل اذ الثمن المسمى لا بد وان يكون مالا وتوكيله بالقبض لا يوجب كونه
مالا حال التسمية فلا يلحق بها الصحة الشرا وهذا بخلاف التوكيل بالشرا بدين على الوكيل
فان ذلك ليس بامر بتسمية الدين وجعله ثمنا حتى يلزم تسمية ما ليس بمال بل هو امر بالثمن
من الدين وتعيين للدين لاجل التسليم الى البائع وتقييد الوكالة قوله لان للموكل والوكيل
في هذين بمنزلة البائع والمشتري يشكل على قول ابي حنيفة فانه يجوز توكيل المسلم
الذمي بشرا خمر او خنزير فلو كانا بمنزلة البائع والمشتري يصير الذمي بائعا الخمر والخنزير من
المسلم وانه باطل قوله لانه اذ يقع الخلاف بتصديق البائع والمشتري يجبر اذ هو حاضر فصار
كانهما انشأ البيع فيبطل الاختلاف فان قلت لو كان بتصديق البائع معتبرا

رافعا للاختلاف لوجان يجعبه قوله المأمور بلا يمينه كما لو انشأ البيع منهما بالفعل كانه اراد بارتفاع
الخلاف رجحان قول المأمور وظهوره ولكن الظاهر لا يكفي للالزام الامر وقطع خصومته
قوله وقد ذكر معظم بين التحالف هو يمين البايع وانما كان يمينه يمين البايع لانه ركن التحالف بخلاف
يمين المشتري لانه منكر ويمين المنكر شايع في جميع الصور وانما يمين المدعي تختص بصورة التحالف لا يمين
البايع مما يستدل به على التحالف لانه اوجب اليمين عليه هو مدع فلان يجب على المشتري هو منكر
اولى فاكتفى بذكره على التحالف لانه اوجب كره في الاركان نعم لقائل ان يقول قوله فالقول قول المأمور
دليل ظاهر على عدم التحالف اذ لا عبرة لقول احد فيه بل الظاهر لان مساقطان في ضرورة التحالف
ولا قول لاحد فيه ولو كان المذكور يحلف المأمور فقط لكان الحمل على التحالف جعله من باب
الاكتفاء بذكر معظم الاركان عن ذكر الباقي وجه الا ان يقال قول كل من البايع والمشتري معتبر مع اليمين لكن
بشرط ان لا يعارضه صاحب الاخر ان لو اختلف البايع واكد قوله بيمينه ونكل المشتري كان القول
قول البايع وبالعكس فيكون المعنى فالقول المأمور اذا لم يعارضا بيمين الامر لكن المعارضة لما
كانت من الموانع المستثناه وان لم يستثنى لم يذكر قوله في التوكيل بشرا نفس المشتري
والعبد ليس من اهله فيجعل مجازا عن الاعتاق وهو ازالة الملك فيما كذا في الكافي وهكذا في بعض
الشروح وهو مؤذن بان الجامع بينهما هو ازالة الملك وفيه نظر لانهم لم يجوزوا الاستعارة الا
الفاظ الطلاق للعتق بجامع ازالة الملك فيهما بان الاستعارة انما يقع باعتبار
المناسبة في المعنى الخاص المشهور الذي وضع كل واحد منهما له ولا مناسبة بينهما من هذا
الوجه لان معنى الطلاق رفع القيد لان الاطلاق عبارة عنه اما الاعتاق فاثبات القوة الشرعية
لان ذلك معناه لغة وليس بين ازالة القيد وبين العوة الشرعية لان ذلك معناه لغة وليس
علمها وبين اثباتها بعد العدم مشابهة كما ليس بين اطلاق الحي واحيا الميت مشابهة فهذا الا
كما استعار اسم الحمار للذكي والاسد للجبان الا ان هذا اشبه في البرد وفيظهر ان المشابهة في معنى الازالة
لا يكفي لصحة استعارة لفظ البيع للاعيان كما يكفي ذلك لاستعارة لفظ الطلاق له فالاولى ان يقال
الجامع بينهما هو معنى المعاوضة لان البيع انما يجعل هنا مجازا عن الاعتاق بمال وهو معاوضة قوله
مو اعد عقد لنفسه بان قال بعتني كذا في الكافي قلت بل صورة العقد لنفسه ان يقول بعني نفسي لاجل اذ لا يتعين
العقد لنفسه بعني له منه اذ الوكيل هو العاقد في البيع والشراء بايع المتاع منه لا من الموكل ولكن بيع المتاع من الشخص قد يكون
لاجله بان يكون اصيلا في بيع الملك له وقد يكون لغيره بان يقع الملك لموكله قوله ولكنه في تحصيل فاخر وهو قبول العتق قلت
انما يكون قبول العتق اذا وقع الشرا له ولكنه يجب ان يكون يقع لموكله ويبطل الاضافة الى نفسه وقعا للغرور
الواجب دفعه ما امكن كما هو الحكم فيما اذا توكل احد بشرا شي بعينه ثم شراه لنفسه ذلك الشي وقدمنا اضافة لما
حيث يلغو الاضافة الى نفسه ويقع الشرا لموكله دفعا للغرور قوله سياتيك جوابه لو قال بعني نفسي لم يجعل لان الحقيقة
المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع اثبات بالشك فان قلت ينبغي ان يقع الشرا للموكل عند الاطلاق لان

لان الحقيقة اصل وعلى تقديره وقوع العقد للموكل يكون الشرا على الحقيقة ولو وقع للعبد يكون مجازا
عن الاعتاق فيقل على رجحان جهة الحقيقة احاله اخرى وهو ان الانسان يتصرف لنفسه لا لغيره ثم الحقيقة جانبه بعد
المعاوضة بحسب مقصود البايع ظاهر ان لا يعوض الا العبد منه فانه على تقديره وقوع الشرى للموكل يعوض هذا العوض
او نقول رجحان جانب العتق لانه مندوب والمعاوضة مباحة محضة كذا في الشرح وفيه نظر لان المعاوضة من
جهتي الاحالة انما هي في كلام العبد دون المولى وما ذكر من جهتي الترجيح فانما يتأتى بالنظر الى المولى دون العبد فلا يرجح
احد الاصلين في كلام العبد ما بين الجهتين لا تعادلهما في صحة ثم يرجح بها احد الاصلين في كلام المولى ولكن لا
معاوضة في كلامه بين الجهتين والترجيح يستدعي التعارض فالاولى ان يقال انما يترجح هذه الجهة من جهة ان الاعتاق
من اهم الامور للعبد واعظم مقاصده لانه وسيلته الى نيل السعادات الدينية والدنيوية وزوال ما به يصير عرضة
للتملك والابتذال والظاهر من حال المرء ان يقصد اهم الامور ولكن لقائل ان يقول العبد وكيل بشرا نفسه والوكيل
به لاجل ان يتصرف لنفسه على ما فيه من الجهد التغرير بالامر والظاهر من حال المرء الاحتياط عن مثله فيتعارض الظاهران
فيبطل الترجيح الا ان يقال ان العبد لما طلب من المولى ان يبيع نفسه منه ولم يقل لفلان فهو طلب الاعتاق على مال في زعم
المولى لانه ما لم يقل لفلان يتصرف لنفسه ظاهرا او يبيع العبد من نفسه اعتاق فلما باعه المولى منه فقد اعتقه على مال فلم يكن
العبد اشترى نفسي منك يجب ان يحمل على قبول العتق اذ لو حمل على الشرا الحقيقي لم يتوقف ذلك على ايجاب العتق فصار
وكلام العاقل يجب ان يصان عن الالغاء فيتعين حمله على قبول العتق ليترتب على ايجاب البايع المحمول على الاعتاق ودفع
الغرور هنا ما لا العتقية في قوله تعالى يتبعي للطلاق وحمل المطلق اعني قوله بعني نفسي على المقيد وهو لفلان لم يكن
اذ لو حمل عليه ليبطل القبول اذ لا عبرة لقبول في الاعتاق في ايجاب البيع واذا بطل القبول لم يتحقق الشرا
المامور به فلا يقيد الحمل على كلاق الحاكم فصح الحمل على العام ومنه يخرج الجواب عما يشكل في اذا كان واحد
من الامر يرجل يشتري به لنفسه من مولاه فاشتراه منه ولم يقل اشتريته لنفسه بل اطلق الشرا او قال
اشتريت لنفسي حيث يقع شراؤه لما مول من ان القياس ان يقع عن الامر دفعا للغرور وحما يقع عنه فيما
اذا امره بشرا عبد بعينه فاشتراه المامور لنفسه او اطلق وذلك ان ايجاب المولى عنه يحمل على الحقيقة دون
الاعتاق لعدم ما يوجب العدول عن الظاهر في صحته لما كان الا ايجاب البيع دون الاعتاق وجب ان يحمل جوابا للمامور
منه قوله اشتريته او اشتريت لنفسي على حقيقته اذ لو حمل على الشرا للعبد لكان هذا قبولا للاعتاق وقبول الاعتاق في ايجاب البيع
لغو فيؤدي حمل المطلق على المقيد او على المقيد لدفع الغرور الى بطلان القبول فلا يتحقق مطلوب الامر والغرور انما
يندفع بتحقق مطلوبه والحكم العدول على وقوع امره وابه عن تملك هيهنا فصل في البيع
قوله وعالاكثر يسعه منهم لان التوبيخ للتخصيص بالبيع وجه اذ الدليل للعرف بين البيع منهم والشرا
فكانه اراد بالبيع مطلق العقد قوله ولانه او الاملاك متباينة والمنافع منقطعة فان قلت ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله جعلا الاملاك والمنافع فيما بين الوالد والولد وغيرهما من المحارم بهما منقطعة وقد اتفقوا
على اعتبارهما متصلة في رد الشهادة وعدم جواز وضع الزكوة قلت لا شك ان الاملاك والمنافع
فيما بينهم متباينة شرعا ومتصلة عادة فاعتبر جهة الاتصال اذا باع منهم بالعين للشرا وجه

الانقطاع اذا ابتل العمة ولين كان البيع بالعين اليسرى كالبيع بمثل العمه ولا تهمة اذا باع منهم بمثل العمه
فاعتبر الاملاك فيه مبتذلة لانه ما باع فيهما منهم الاكما باع من الاجنبي فانتفت التهمة او يقال بان التزكية
والشهادة باب الاحتياط واعتبر فيهما الاتصال الثابت من وجه واما باب التوكيل فلم يبتن على الاحتياط
بل مبناه على البرية حتى يحتمل فيه الجهالة اليسيرة ما عرجانب الناس توسعه للامام على الناس
قوله لان المنافع بينهم متصلة جعله دليلا اخر سوى التهمة ليس بواضح او لاوجه للتهمة
الا الاتصال النافع لموضوع البيع لنفسه من وجه وجعل صاحب الكافي دليلا اخر حيث قال لان كل واحد
منهم ينتفع بمال الاخر على فصار كل منهم كصاحبه من وجه ولذا لم يقبل الشهادة فيما بينهم والبيع
اخراج المال من الجانبين وفي البيع ممن هو لا اخراج الى النفس من وجه فلا يجوز هذا
كلامه وهو اوضح فان قلت ولا كذلك الوكيل بالشرا لانه يطلق العقد قلت
الاطلاق لا يلزم بل ربما يضيف الى الموكل ولا تهمة عند الاضافة اليه على ان الاضافة
الى الموكل قد يلزم في العقد بالشرا ايضا كما اذا توكل العبد بشرا نفسه من مولاه بغيره
فانه لو لم يعتق الى الموكل بل اطلق يقع الشرا حتى يعتق مع انه حقيقة بمثل القيمة وما يتغابن
الناس والامر بالشرا صادف ملك الغير فلم يصح امن حيث انه تصرف في
ملك الغير فاما من حيث انه امر بالتصرف في ذمة الامر بالتزام الثمن عليه ابتداء او في اخر
الامر فالامر صحيح وبهذا سقط ما يقال انه لما لم يصح امره بالشرا اوجب ان يبطل
التوكيل به وان ينفذ الشرا على الوكيل دون الموكل لان الامر حين لم يصح صار
وجوده كعدمه فانه يرده اي بلا خصومة لما سيجي ان الرد على الوكيل
وعلى الموكل في عيب لا يحدث مثله قوله وتاويل اشتراطها اي اشتراط احدى
هذه الحجج من البينة او الاباية عن اليمين عند الاستحلاف او الاقرار بالعيب في يده
قوله في الكتاب اي في القدوري قوله ان القاضي يعلم انه لا يحدث مثله في مدة
شهر مثلا يعني ان العيب الذي لا يحدث مثله نوعان نوع لا يحدث مثله اصلا ونوع لا يحدث
في مدة شهر او شهرين مثلا ولكنه يحدث في مدة سنة فصاعدا او القاضي ان كان يتيقن بكون
العيب في يد البايع في النوع الاول فلا يتيقن به في الثاني لاحتمال ان يجهل مدة البيع فلا يتيقن
بكون العيب في يد البايع في النوع الاول فلا يتيقن بوجود العيب في يد البايع فيحتاج الى احدى
هذه الحجج وتاويل اخر ان العيب الذي لا يحدث مثله قد يكون ظاهرا يعلمه كل احد كالاصبع الزائدة وقد يكون مما لا
يعلمه الا الطبيب وقد لا يطلع الا النسا وقوله او امراة لا يكفي للرد وان يكفي للتوجه فيحتاج الى احدى
هذه الحجج للرد وفيه ان يقول لو كان في الكتاب محمولا على عيب لا يحدث في مدة شهر او دونه لكنه يحدث في مدة شهرين فصاعدا
او عيب لا يحدث مثله اصلا لكنه مما لا يطلع عليه الا النساء والاطباء ولم يستقم تعليل مسئلة الكتاب بقوله لان القاضي
يتيقن بحدوث العيب في يد البايع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج الظهور انه التعليل ان لا يستقيم اذا ارتد العيب الذي لا

يحدث

يحدث اصلا ويكون ظاهرا يعرفه كل واحد كالاصبع الزائدة اذ يتيقن القاضي بوجوب العيب في يد البايع فيها
العيب فتعليل مسئلة الكتاب بما ذكر لا يستقيم الا في عيب لا يحدث اصلا ويكون ظاهرا يعرفه كل احد
حمله على ما لا يحدث في مدة قريبة ويحدث في مدة بعيدة او لا يحدث اصلا ولكنه مما لا يطلع عليه
الا النساء والاطبا يحتاج الى تامل مزيد تامل وجوابه ان يتيقن القاضي بوجود العيب في يد البايع يحقق فيما
يحدث اصلا ويكون ظاهرا يعرفه كل واحد بل القاضي يتيقن بوجوب العيب في يد البايع في حيث
لا يحدث في مدة شهر مثلا ويحدث فيما فوقها لكن بعد العلم بالتاريخ فيحتاج الى هذه الحجج لمعرفة
التاريخ ثم التيقن بوجوب العيب في يد البايع مضاف الى العادة فانها جرت على ان مثل هذا
العبارة لا يحدث في مدة شهر مثلا وكذا يتيقن بوجوده في يده فيما اذا لم يكن العيب ظاهرا فيحتاج الى هذه الحجج
لمعرفة وجود العيب وبعد ما علم بوجوده فيما اذا لم يكن العيب فالعلم بكونه في يد البايع يضاف الى كونه العيب
مما لا يحدث مثله فثبت ان في التعليل في الصور الثلث فان قلت هذا انما يتاتى فيما لا يحدث
مثله من شهر ويحدث فيما فوقها اذا كان في الشهادة او الاقرار تعرض لتاريخ البيع اما
اذا لم يكن التعرض الا لحدوث العيب في يد البايع فعلم القاضي فيه بوجود العيب لا يكون الا
مضافا الى الحجة فلا يصح نفي الاسناد الى هذه الحجج مطلقا اجيب بان حكم هذا العيب حكم
عيب يحدث مثله قوله فيفتقر اليها في الرد فان قلت فاذا اقر الوكيل كان القضا مضافا الى
اقراره فيجب ان لا يكون ردا على الموكل كما لو كان العيب مما يحدث مثله والرد باقرار الوكيل
اجيب بان اقراره مؤيد بقول لهن او قول الطبيب فيكون القضا مضافا الى قولهن او قول الطبيب
لكن بعد التايد باقراره بخلاف ما اذا كان العيب مما يحدث مثله واقر به الوكيل
اذ القضا هناك مضاف الى اقراره او يقال لحاجة الى هذه الحجج هنا ليثبت بمعرفة ما هو الموجب
للرد وهو كون العيب في يد البايع بل المعرفة وجود هذا العيب في المبيع وبعد ما علم وجوده فيه
علم بحكم العادة انه ثابت في البايع لان مثله لا يحدث عادة فكان وجوده في يده مضافا
الى العادة وهو الجزء الآخر لما هو الموجب للرد اعني وجوده في يد البايع والعبرة للجز الاول
فكان الرد الا يتيقن القاضي بوجود العيب في يد البايع بحكم العادة الا الى الاقرار فيكون الرد
عليه ردا على الموكل بخلاف ما يحدث من العيب لان الموجب للرد هناك مضافا الى الاقرار فافهم فا
ومعنى قوله فيفتقر اليها في الرد في بعض النسخ للرد وانه يفتقر اليها وجب للرد دخل اللام
للوقت والامر بعد ذلك ظاهر فتامل قوله وهو رد على الموكل اي الرد على الوكيل في هذه الصورة
وهذا لا يشكل فيما اذا رد على الوكيل بعيب ظاهر والمدة معلومة للقاضي بالمعاينة
او بالبينة او باليمين وانه مشكل فيما اذا ثبت العيب بقول النسا او بقول الطبيب
الواحد ثم رد عليه باقرار الوكيل ايضا اذ الرد في هذه الصورة مضاف الى اقراره
لا يشعر به قوله فيفتقر اليها للرد وانه حجة قاصرة فيجب ان يلزم الوكيل لكن لما لم يجا ما الوكيل كما

في العيب الذي لا يحدث مثله على ما ذكر في الكتاب اذ الحجة قاصرة في الصورتين وجوابه ما ذكرنا
قوله والوكيل مضطر في النكول هذا جواب السؤال وهو ان يقال اذا كان الرد بلا بينة يجاب
ان لا يلزم الموكل عن المشتري شيئا وباعه من غيره ثم ان المشتري الثاني وجد به عيبا فرده عليه
ان لا يلزم الموكل المشتري الاول بنكوله لم يكن له ان يرده على بائعه والجواب ان الوكيل مضطر كذا في الكافية
وهذا مشكل لان الرواية منصوصة في باب خيار العيب ان المشتري الاول اذا رد عليه المبيع
بلا بينة كان له ان يرده على بائعه وكان اراد انه لم يكن له ان يرده بلا قضاء اي لا يكون الرد
عليه ردا على بائعه ولكن لا وجه لتخصيص هذا السؤال بصورة النكول اذ الحكم في فصل البينة
كذلك لان الرد بالبينة على المشتري ليس برد على بائعه والرد على الوكيل بها رد على الموكل فا
الاظهر ان قوله والوكيل مضطر لبيان الفرق بين النكول والاقرار اما الفرق بين الوكيل
والمشتري كما تقدم في خيار العيب قوله الا ان له ان يخاصم فان قلت اذا اشترى عبدا وقبضه
واراد ان يرده على بائعه ولم يأت باليمين ولكن اقر بالعيب فرده عليه باقراره
بالوفق فقال البائع هذا العيب حدث عندك فاستحلف القاضي البائع فابى فرده
عليه له ان يرده على بائعه ولو لم يأت باليمين ولكن اقر بالعيب فرده عليه باقراره لم يكن له ان يخاصم بائعه فيه ذكر
المسئلة فيه وكره في المنتقى مطلقا من غير تفصيل ان بين ما اذا كان الرد بالاقرار بقضاء او برضا فما وجه الفرق على هذه
الرواية بين الوكيل اذا رد عليه بقضاء بالاقرار وبين المشتري الاول اجيب بالتزام ما ذكر في المنتقى محمول على المشتري
الاول بالرضا عند اقراره بالعيب ولو ان هذه الرواية مطلقة فالفرق هو انه لما تعاضمت الحاجة ان يعمل بها
ما امكن وحد امكن في حق الوكيل دون المشتري وذلك لان القضاء بالرد فسخ بدليل قاصر من حيث انه يكون الرد
على الوكيل رد على الموكل ومن حيث انه مستند الى دليل قاصر وهو الاقرار يلزم المامور ولا يكون ولاية الرد
ايضا فاثبتنا امرا بين وقلنا له ولاية الرد والخصومة اما المشتري الاول فجهة كون الرد
فسخا يقتضي ان يكون له الرد بالخصومة وجهة قصور الدليل يقتضي ان لا يكون له هذه
الولاية فلا يثبت هذه الولاية بالشك قوله الا ان له ان يخاصم الموكل فان قيل كيف يكون للوكيل
حق الخصومة مع الموكل وقد حصل الرد باقرار الوكيل فكان بيعا جديدا في حق الموكل قلنا الرد ما حصل
باقراره انما حصل بقضاء القاضي على كره منه فلا يجعل ان يكون عقدا مبتدأ العقد شرطه وهو التراضي
فجعل فسخا كذا في الكافي قوله انه يشكل لما اشار اليه السيد والمص في باب خيار العيب ان المشتري
لو اقر على المشتري الاول باقراره لكن بقضاء القاضي فليس له ان يرده على البائع الاول
حيث في الكافي فمن اشترى عبدا ثم باعه من آخر ثم وجد المشتري الآخر به عيبا فرده على المشتري
الاول ان رده قبل القبض بقضاء او رضا فللمشتري الاول ان يرده على بائعه لان الرد بالعيب
قبل القبض فسخ في حق الكل حتى لا يتوقف على القضاء فصار كان لم يبع وان المشتري الآخر قبض العبد
ثم رده على المشتري الاول فان كان الرد بقضاء بينة بنكوله او باقراره بالعيب فله ان

يرده على بائعه الى ان قال ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبته بالبينة هذا كلامه وهكذا ذكره المص
ثمة فقوله ومعنى القضاء بالاقرار الخ اشارة الى انه لو لم ينكر الاقرار ولكنه لم يقبل الفسخ برضاه بل الزمه
القاضي فانه لا يتمكن حينئذ من رده على بائعه وان المراد بالقضاء بالاقرار الذي اجبر عليه ولم ينكره بيع
جديد في حق الثالث ونص هنا ان البائع وان اقر بالعيب لكنه لم يرض بالرد حتى يرده القاضي
كان له ان يرده على بائعه ولم يكن الفسخ بيعا جديدا في حق الثالث وبينهما تناف بين فكان في
المسئلة روايتين وحد بيننا هما في باب خيار العيب وجه ما ذكرنا هنا ظاهر واما ما اشار اليه
ثمة فوجهه ان الفسخ وان حصل بالقضاء بكره من القاضي فالاقرار بالعيب مختار ايضا فيصح
اختيار الفسخ والقضاء مضاف الى الاقرار والرضا بالعلة رضا بالحكم وكان راضيا بالفسخ
قوله والرد بالقضاء فسخ اي في حق الكل لعموم ولاية القضاء القاضي اشار هنا الى ان الفسخ بالاقرار
اذا كان بكره من القاضي فهو فسخ في حق الكل واذا كان كذلك لم يكن لما ذكره المص ثمة فائدة
في قوله ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار ثم اثبت بالبينة وجه يعرف بالتأمل فان قلت ما فائدة قوله
المال عليه قيل المراد من الكفالة الحوالة لان الغنى لا يتحقق في الكفالة وقيل بل الكفالة على
حقيقتها والغنى يتحقق فيها بان الكفيل والمكفول عنه مفلسا وفيها نظر اما في الاول فلان
الغنى على المختار عليه لا يصح عندنا لمكان الرجوع على المحيل واما في الثاني فلان الغنى يجوز ان
يتعلق ببطول الكفالة حتى يضاف اليه والجواب عن الاول ان الحوالة ربما ينقضي الى الهلاك بان
رفع الامر الى القاضي فيحكم بامتناع الرجوع على المحيل عند الغنى على المختار عليه كما هو مذهب الشافعي
رحمه الله فيستند الهلاك الى قبول الحوالة قوله على الاول في الحاشية بان قوله والكفالة توثق بالذمة
قوله الحوالة ايضا توثق باختيار الاملا والاحسن في القضاء وقد مر واجيب دون الكفالة واخذ الرهن
لانهما ليسا من قبض الدين في شيء اما الكفالة فظاهر واما الرهن ففيه نوع تامل لان عرفان قبض الرهن
استيفاء للدين من مالية المرهون الا انه غير ملحق لانما يتقرر بالهلاك ولهذا لو هلك الرهن بعد استيفاء
الدين يجب عليه رد ما استوفى من المستوفي رهنه حيث يظهر ان الاستيفاء قد يكون ردا وشبهوا الرهن
بكيس وضع فيه الدراهم الذي ودفع الى الدائن يستوفي حقه مما فيه من الدراهم كذلك الرهن
دفع الى الدين يستوفي حقه من ماليته فيه قوله ان قبض الدين عبارة عن استيفاء وبعينه والرهن وان
كان استيفاء ابتداء وليس باستيفاء انتهاء حتى يكون الكفن اذا مات العبد المرهون
على المرتهن فالامر بقبض الدين لا يكون امرا بالرهن قوله
الى الشعب لما كان فيه ذبا من بكون العين وبالتحريك لغة
ضعيفة بل هو تغيير محض فان قلت يشكل بالوكيل رجلين بقبض وديعة فانه يشترط اجتماعهما حتى لو قبض احدهما بغير اذن صاحبه
يضمن مع ان القبض لا احتياج فيه الى الراي بل هو تعبير محض برد الوديعة اجيب بان اجتماع الوكيلين فيما يحتاج فيه الى الراي
انما شرط لان له في اجتماعهما من الفائدة ما ليس في انفراد احدهما بالتصرف

وفي الاجتماع بالقبض ايضا من فائدة الحفظ ما ليس في حفظ احدهما فصار التوكيل بالقبض
كالتوكيل برد الوديعة فالقياس ان يضمن احدهما بدفعها لكن في الاستحسان
لا يضمن لان احدهما بدفع الكل بغير اذن صاحبه صار غاصبا والغاصب يبرأ عن الضمان
بدفع المال الى من كان مأمورا بقبض ذلك المال من المالك كما يبرأ بالرد الى صاحب المال وهنا
وصل المال الى من كان مأمورا بالقبض من جهة الموكل قوله لانه تفويض الى رأيهما والطلاق قبل الاختيار
يحتاج الى الرأي والراضي برأي الاثنين لا يكون راضيا برأي الواحد هذا وما قيل انه تفويض
وانه تمليك فيكون التطليق مملوكا لهما فلا يقدر احدهما على التصرف وذلك لانه وان كان تمليكا بالطلاق
ليس بمختص فيجب ان يملك كل منهما بكماله قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما وذلك لانه وان كان تمليكا بالطلاق
لكان ملكهما الطلاق فيه فانه علق طلاقها بفعلهما كانه قال ان طلقتماها فهي طالق ولقائل ان يقول او اراد ان التفويض
تعليق حقيقة فلا وجه اليه للقطع لان بان تعليق من ملك الطلاق بالتفويض علة لوقوع الطلاق
يكون الطلاق مع التعليق في زمان واحد ولو كان تطليقه شرطا لوقوع الطلاق بعد التطليق
اذ المشروط يتعقب الشرط ولا يقارنه وان اراد انه في معنى التعليق من حيث توقف الطلاق
عليه فالتوكيل بالطلاق ايضا تعليق لطلاقها بتطليق الوكيل من حيث التوقف عليه نص عليه في
بعض الشروح على ما مر فيجب ان لا يفترق التوكيل والتفويض في تملك كل منهما التطليق في التوكيل
دون التفويض وجوابه ان التوكيل بالطلاق بتطليق الوكيل كالتفويض الا ان توكيل الشخصين
بالطلاق تعليق للطلاق بتطليق كل واحد منهما كانه قال ايكما طلق امرأتي فهي طالق لان الطلاق بعد
الاختيار لا يحتاج الا الى اعمال الرأي بعد اجتماعهما على التطليق فانه تفويض على طلاق الاختيار بينهما اذا
الطلاق بعد الاختيار ان كان لا يحتاج الى الرأي فقبل الاختيار يحتاج اليه لانه قاطع للنكاح الذي
نيط به مصالح الدارين المفوض بها اختيار الطلاق بل فوض اختيارا يحتاج اليه لانه قاطع لما رأى العين واذا تفويض
الى رأي الاثنين لا ينفرد به احدهما لانه فوض اختيار الطلاق برأيهما لا برأي احدهما فكان التفويض الى
اثنين تعليقا للطلاق بتطليقهما فلا تطلق بتطليق احدهما قوله الا برجان الوقوف لا يملك النكاح
نفسه فكيف يملك انكاح غيره قلت هذا خلاف ما ذكره الاصوليين ان لا ينافي ما ملكيته غير المالك هو
النكاح والدم والحياة الاسراء فانكاحه منعقد بغير اذن المولى حتى يشترط الشهود عند النكاح لا
لا عند الاذن ولو اعتقه المولى قبل الاجازة ينفذ وانما يتوقف على اجازته لانه النكاح لم
يشرع خاليا من المهر وفي ايجابه دون رضاء المالك اضرار به وانما يملك المولى اجباره على
النكاح لانه من تحصين ملكه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك في الدنيا والآخرة باب
الخصومة في الوكالة ولنا ان من ملك شيئا ملك تمامه واتمام الخصومة وانهاؤها بالقبض لا بما
لم يقبضه يتوهم الانكار الباطل فيحتاج الى المرافعة ثانيا فيثبت له ولانه القبض لتنتهي كذا في بعض الشروح
وفيه نظر للقطع بان الانكار بعد قطع الخصومة عند القاضي خلاف الظاهر لصيرورة الحادثة معلومة

للقاضي الابري ان توهم الجحود بعد لم يعتبر في ما اذا كانت الدار في يد رجل وبرهن الاخر ان
اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه الغائب يقضى له بالنصف ويترك النصف الاخر في يد الذي
هو في يده عند ابي حنيفة رح وقال ان كان الذي في يديه جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين آخر وان
لم يجحد يترك في يده وقال المص في توجيه ابي حنيفة لعل ان القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختار
الميت ثابت فلا ينقض بوجوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل
لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي هذا كلامه فاظهر انه لم يعتبر الجحود هنا في المستقبل
بعد القضاء فكذا فيما نحن فيه والحاصل ان الخصومة تتم بقضاء القاضي ولا يتوقف تمامها على القبض
نظرا الى الظاهر اذ الظاهر عدم الجحود في المستقبل والظاهر يصلح للدفع فيندفع به ولانه القبض
للوكيل لان تلك الولاية لم يكن ثابتة له فلو يثبت لثبت من حيث ان تمام الخصومة يتوقف عليه
وهو لا يتوقف من حيث الظاهر على ما ذكرنا فلا يثبت له ذلك فالاولى ان يقال القبض
منهم للخصومة من حيث ان المقصود منها هو القبض والشرع انما يهتم باشتغال ما هو المقصود منه
فمن كان مالكا للخصومة كان مالكا للقبض الذي لها ايضا قوله تملك القبض على اصل الرواية
لانه في معناه اي بيان التقاضي وان كان في معنى القبض لغة فيملك الوكيل بالتقاضي القبض باعتبار
ان التقاضي عين القبض فلا يكون نظير ما نحن فيه الا ان العرف بخلافه هو قاضي على اللغة فيراد
بالتقاضي المطالبة والقبض متمم للمطالب لانه مقصوده فيملك من يملكها فيكون نظير ما نحن فيه
بالنظر الى العرف قوله لا يقتضيان الاجتماع وقد يقال التوكيل بالقبض لم يثبت مقصودا بل
في ضمن التوكيل بالخصومة وقد صار كل واحد منهما وكيلا بالخصومة بانفراده فيجب ان يصير كل
منهما وكيلا بالقبض بانفراده ايضا كما لو وكل كلا منهما بالخصومة وكذا اذا وكل وكيلين لان الجمع
في هذا الباب كالانفراد ولانه قد يقتضي الكلام هو الاجتماع غير انه يثبت الانفراد بضرورة
ان الخصومة لا يقبل الشغب فيتعذر بتعذرهما فلا يظهر في حق القبض لانا نقول الثابت بالضرورة
انما لا يظهر فيما وراءه اذا لم يكن من لوازمه وههنا الابري انه لو قال رجل لغلام انه ابني ثم مات
فجاءت ام الغلام وصدقته يثبت النكاح بينهما اقتضاء ويظهر في حق الميراث ايضا لان الارث
من لوازم النكاح فاذا ثبت ثبت مع لوازمه وان كان ثبوته بالضرورة قوله اي ابرائه
قلت ذكر مسئلة الابراء على الاختلاف وهكذا ذكرنا الشيخ احمد الطواويسي رحه واليه
اشار سعد في الاوراق كالة الاصل وذكر شيخ الاسلام في شرحه مسئلة دعوى الايراد على
الوفاق على ان الوكيل لا يصير خصما فيه ووجهه ان الوكيل انما يجعل خصما في الايفاء والاثبات
منه من حيث انه فيه ايفاء عن الابري اما الاثبات فظاهر واما في الايفاء فلان الايفاء في المطالبة وقبض
سوالان الوكيل انما يقبض ليدفع الى المطالبة فيكون دعوى الابري احياء حق الدائن بل فيه
ابطاله فلا يجعل خصما فيه قوله ولابي حنيفة لوانه وكله بالتملك اي باخذ عين مملوك للغير بحق له

فيه والوكيل لا يتمكن من قبض ملك غير الموكل غالبا الا بالخصومة فيكون التوكيل بالقبض توكيلا بالخصومة اقتضاء بخلاف التوكيل بقبض عين مملوك له لان التوكيل يتمكن من قبضه بلا خصومة غالبا فلا يكون التوكيل توكيلا بها اقتضاء قوله وهذا لان المبادلة يقتضي حقوقا اشارة الى تعليل آخر بان في قبض الدين لا في التوكيل بالرجوع في الهبة فيه والصاحبان الى التعليق في التوكيل بقبض الدين احد هما اسهل من الآخر اذ التعليل تام بقبض عين مملوك للغير والوكيل فيه يحتاج الى الخصومة غالبا فيكون توكيلا بها اقتضاء ثابتا في جميع الصور سواء كان مبادلة اولا والتعليل بمبادلة يقتضي حقوقا والخصومة منها لا ثبات في التوكيل بالرجوع في الهبة قوله الا انه جعل استيفا بعين حقه من وجه ولهذا يجبر على الاداء اولو تمليكا محضا لما اجبر عليه كذا في الشرح وفيه نظر لان الجبر لا ينافي المعنى المبادلة الا يرى ان المشتري يجبر على التسليم الدار الى الشفيع مع ان التسليم اليه مبادلة من كل وجه وبهذا صرح المص في كتاب القسمة حيث قال والمبادلة كما يجري فيه الجبر كما في قضاء الديون فعلم ان الجبر لا ينافي كونه مبادلة قوله كالتوكيل باخذ الشفعة على ان موكله قد سلم الشفعة فيقبل لكونه وكيلا بالمبادلة كذا في الشاهان وهكذا ذكره في حاشية الكبير في الذخيرة الوكيل بالشفعة اذا ادعى عليه تسليم الامر لا يصير خصما لانه انما صار وكيلا في الاثبات لانه لا يتوصل الى الاصل الا به والمامور بالشيء مامور بما لا يتوصل اليه الا به وهذا المعنى لا يتاتى في جانب [illegible] التسليم ولان تسليم الامر لا يتوصل به الى القبض بل يبطل حقه فيه فلا ينتصب خصما عن الموكل في ذلك بهذا النقض ثم في دعوى الابراء من الموكل على الوكيل بقبض الدين ردوبنا [illegible] على ما ذكرنا ودعوى التسليم على الوكيل باخذ الشفعة كدعوى الابراء على الوكيل بقبض الدين فمن جعله خصما في دعوى الابراء وجب ان يجعل الوكيل بالشفعة خصما في دعوى تسليمها كما هو المذكور في الشاهان وحاشية الكبير قوله وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هناك قلت كما يكون خصما قبل الاخذ في الشفعة يكون خصما قبل القسمة وقبل الرد بالعيب وقبل الرجوع في الهبة فلا وجه لتخصيص الاخذ بالشفعة من المسائل وقبل المذكور فكانه اراد باخذ الشفعة ما يقابل مسئلة الشرا بدليل انه لم يتعرض في التعليل الا الوكيل بالشرا حيث قال والوكيل بالشرا لا يكون خصما قبل مباشرة الشرا قوله وهذا لان المبادلة يقتضي حقوقا وهو اصيل فيها هذا اشارة الى مطلع نكتة ابي حنيفة رحمه الله بقوله انه وكله بالتملك يعني ان الوكيل من تمليك مثل هذا الدين على المديون وذلك مبادلة ومعاوضة والمامور بالمبادلة يكون اصيلا في حقوق المبادلة كذا في الشرح وفيه نظر اه او لا فلان حقوق المبادلة تتم بالقبض وانه يلاقي مملوك الغير وقد سبقت الاشارة في قوله والتوكيل بالهبة والايداع والاعارة والقبض ليس ايضا لان الحكم يثبت فيها بالقبض وانه يلاقي مملوك الغير فلا يجعل اصيلا فيها اه ان الحكم متى توقف على القبض الذي يلاقي مملوك الغير فلا يجعل اصيلا فيها وذلك لان القبض تصرف في محل هو اجنبي عن كل ما يلاقيه

بلا فيه القبض فاما التصرفات التي يقوم باللسان ولا يتوقف على القبض فالوكيل يجب ان يكون اصلا فيه لانه اصل في التكلم وكلامه مملوكه فعلى هذا التحقيق ينبغي ان لا يجعل الوكيل بقبض الدين اصلا وان كان هو وكيلا بالمبادلة ثم بالقبض الذي يلاقي مملوك الغير الآن يقال ان الموكل في التصرفات التي يتوقف على القبض الملاقي لمملوك الغير انما لا يجعل اصيلا فيها اذا توقفت على قبض غير الوكيل كما في الهبة واشباهها اما اذا توقف على قبض الوكيل فهو لا ينافي اصلا فيها لان القبض فعله والمرء يصلح اصيلا على فعله كما يصلح اصيلا في كلامه الا ان الموهوب له اصيل في عقد الهبة وان كان حكمه يتوقف على قبض يلاقي مملوك الغير ولكن لما كان ذلك القبض فعله اعتبرناه اصلا فيه فكذا في قبض الديون ثم اذا توقف الحكم على قبض الغير انما لا يجعل اصيلا فيه اذا لاقى القبض مملوك الغير ايضا اذ لاقى مملوك فهو اصل فيه كالواهب اصل في الهبة مع ان حكمها يتوقف على القبض الغير ولكن هناك يلاقي مملوك الواهب فلا ينافي كونه اصيلا فيه هذا ولكنه لا يمشي فيما اذا وكل بالاستيهاب فانه لم يجعل اصيلا مع ان الحكم فيه ثبت بقبض هو فعل الوكيل فالاولى ان يقال توقف الحكم على القبض الملاقي لمملوك الغير انما يمنع جعل الوكيل اصيلا اذا لم يكن المحل الذي يلاقيه القبض مملوكا للموكل اصيلا وما يقبض به الدين مملوك الدائن من حيث ان له ان يقبضه بلا استطاع راي المديون اذا ظفر بجنس حقه واما ثانيا فلانه لو كان وكيلا بالمبادلة وجب ان يلحقه العهدة في المقبوض وليس كذلك وقد اجيب عنه بان قبض الدين وان مبادلة من وجه الذي ذكره فهو استيفاء عين الحق من وجه فلشبهه بالمبادلة جعلناه خصما ولشبهه باخذ العين لا يلحقه العهدة عملا بهما وانما لم يعكس لان هذه المبادلة ربما لا يتوصل اليه الا بالخصومة فلو لم يجعل خصما لشبهه باخذ العين لم يكن الوكيل من الامتثال بما وكل هذا غير مرضي لما ان قبض الدين مبادلة حقيقة وانما جعل استيفاء العين حقه بضرورة دعت اليه في بعض الاحكام واما ما لا ضرورة فيها فيعمل بالحقيقة الى هذا اشار المص رح قبل المأذون حيث قال وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين وبقبض العين يتحقق بينهما المبادلة وهذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممنوع فاعطى العين حكم الدين بهذا الغلط واليه اشير في الشرح ايضا في باب السلم ولا يخفى انه لا ضرورة في لحوق العهدة الى ان يعتبر قبض الدين استيفاء للعين حقه ينبغي ان لا يعتبر واما ثالثا فلانه قد سبق في الكتاب ان كل عقد يضيفه الوكيل الى الموكل فحقوقه ترجع الى الموكل دونه وقد صرح الشارح فيما بعد بان الوكيل بقبض الدين لا يستغني عن اضافة القبض الى الموكل فينبغي ان لا يرجع اليه حقوقه فلا يكون خصما لان الخصومة من الحقوق واما رابعا فلان القاضي اذا وكل رجلا لقبض ديون المفقود لا يملك الخصومة اتفاقا فلو كانت الخصومة من حقوق قبض الدين الذي هو مبادلة وجب ان لا يملك الوكيل من قبل القاضي ايضا لان الوكيل من جهة المالك ومن جهة القاضي سيان في رجوع حقوق عقد بالشراء وهو لا يملك الخصومة اتفاقا قوله لانه انما لم يملك الخصومة في الدين لعدم الفائدة اذ لا يقضى للغايب ولا على الغايب

من غير خصم حاضر عنه من قبله فلا فائدة في جواز خصومته وفي الذخيرة ان الوكيل بقبض ملك
الموكل خصم في الاثبات وقبض ملك الموكل من كل وجه ليس بخصم فيه وهذا لان الوكيل بالخصومة
لم يوجد نصا لو ثبت انما ثبت ضرورة ان الوكيل لا يتوصل الى القبض الا بها الا انه قد يمكنه
الوصول بدون الخصومة بان لا يجحد ولا يمكن بان يجحد باخذ العبارتين يوجب ان يكون دون
الآخر والعمل بهما في كل حكم غير ممكن فعملنا بهما بان جعلناه خصما في التوكيل بقبض ملك ما هو
ملك الغير دون التوكيل بقبض ما هو مملوكه ولم يعكس لانا لو جعلناه خصما في التوكيل بقبض ملكه
لزمنا ان نجعله خصما في التوكيل بقبض ملك الغير لان الحاجة الى الخصومة فيه اكثر فالوكيل باخذ
الشفعة خصم في اثباتها بالاتفاق لانه وكيل بقبض ملك الغير بحق للموكل والوكيل بقبض العبد المملوك
للموكل لا ينتصب خصما بالاتفاق لانه وكيل بقبض عين هو ملك الموكل واما الوكيل بقبض الدين
فهل هو وكيل بقبض ملكه ام ملك الغير فوقع عندهما انه وكيل بقبض ملك الغير لان المقبوض بجهة الدين
ليس عين حقه لان حقه الدين والعين مع الدين مختلفان ووقع عندهما لانه وكيل بقبض
ملك الغير لان المقبوض بجهة الدين ليس عين حقه لان حكما حتى كان له الاخذ من غير
قضاء ولا رضاه قلت فالمصنف رحمه الله بنى ولاية الخصومة و للوكيل بقبض الدين على
كونه وكيلا بالمبادلة وصاحب الذخيره بناه على ان القبض ربما لا يتوصل اليه الا بالخصومة
والوكيل بالشيء وكيل بما لا يتوصل الى ذلك الشيء الا به فيظهر ثمرة اختلاف التعليلين في
ان الوكيل لقبض الدين هل يصير وكيلا في دعوى الابراء عليه وفيه روايتان كما ذكرنا ثم
تعليل الذخيرة اوضح لان الخصومة ليست من حقوق المبادلة الا من حيث انها ربما لا
يتوصل اليها الا بالخصومة فلا يكون الخصومة الا بهذا الاعتبار فيجب ان لا يصير وكيلا في دعوى
الابراء الا انها مما لا يتوصل الى جزء المبادلة به بل ذلك يبطل حق القبض بخلاف دعوى الايفاء
الى الطالب لقبض الوكيل على ان التعليل بالمبادلة ~~يبطل ذلك يبطل حق القبض~~ لا تنافي في
التوكيل بالرجوع في الهبة لانه ليس بمبادلة فاما تعليل الذخيره فمطرد وما مر **قوله** والوكيل بقبض
العين لا يكون وكيلا بالخصومة اي الوكيل بقبض عين مملوك للموكل كالوكيل بقبض المغصوب
والوكيل بقبض الوديعة والا فالوكيل بالرجوع في الهبة وكيل بقبض العين مع انه يكون خصما حتى
تقام عليه البينة بان الموكل اخذ العوض تقبيل **قوله** لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة
يقبض بالوكيل بالرجوع في الهبة لانه امين محض والرجوع ليس بمبادلة الا ان يمنع كونه
امينا محضا اذ المراد بكونه محضا والله اعلم ان لا يكون خصما الا اتفاقا لان وضع المسئلة في
التوكيل بطريق الاقتضا بقبض عين مملوك للموكل وقبض عين مملوك به لا يحتاج الى الخصومة
فلا يكون الوكيل خصما اقتضاء بخلاف الوكيل بقبض العين فانه عين مملوك له فانه لا يتمكن من
القبض غالبا الا بالخصومة فيثبت التوكيل بها اقتضا فلا يكون امينا محضا بل يكون خصما اقتضا

و

والحاصل ان الوكيل بقبض عين مملوك للموكل ليس بوكيل بالخصومة لانه لو صار وكيلا بالخصومة فاما
ان يكون وكيلا بها اقتضاء او باعتبار ان المبادلة يقتضي حقوقا والخصومة منها لا وجه الى الاول اذ
الخصومة في قبض عين مملوك للموكل لا يحتاج اليها غالبا فلا يثبت اقتضاء ولا الى الثاني لان قبض العين
ليس بمبادلة يقتضي حقوقا حتى يصير خصما باعتبار ان الخصومة من حقوق المبادلة **قوله** انه خصم في
قصر يده وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما اذا اشترى شيئا شراء فاسدا فاراد البائع الاسترداد فبرهن
المشتري انه باعه من فلان الغائب حيث لا يقبل البينة لا على البائع ولا على قصر يد البائع وايضا قصر
يد الوكيل لو ثبت ليست في ضمن ثبوت بيع الموكل فلما لم يثبت المتضمن كيف يثبت ما في ضمنه الا
يرى انه لو شهد احدهما الف بدين والآخر على الغبن والمدعي يدعي الغبن لا يقبل شهادتهما على الالف
اذ الالف بالشهادة بالغبن ثبت ضمنا لثبوت الالف بالغبن فمتى لم يثبت الغبن لم ما في ضمنه فكذا هنا
قصر يد الوكيل انما ثبت في ضمن ثبوت البيع فاذا لم يثبت البيع لعدم الخصم وجب ان لا يثبت
ما في ضمنه ايضا فاثبات قصر يد الوكيل بهذه البينة يحتاج الى فضل تأمل وايضا قد مر ان القاضي
لا يقضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي
وقد يكون حكما بان كان ما يدعي على الغائب كما لو ادعى سببا لما يدعيه على الحاضر فانتصب الحاضر خصما
عنه وصار القضاء عليه قضاء على الغائب كالو ادعى عينا في يد غيره انه اشتراه من فلان الغائب واقام
البينة على ذي اليد وقضى به ثم حضر الغائب وانكر ذلك ولم يلتفت الى انكاره لانه صار مقضيا عليه وهذا
لان المدعي لا يتوصل الى اثبات حقه على الحاضر الا باثبات على الغائب ولا يخفى ان ما يدعيه على الحاضر
هنا من قصر يد الوكيل لا يتمكن من اثباته الا باثبات البيع على الغائب فيجب ان يجعل الحاضر خصما
عنه **قوله** ويصح اذا استثنى الاقرار كانه جواب عن قول علمائنا رحمهم الله ان الخصومة ليست بمملوكة
للوكيل قطعا فلا يصح التوكيل به فيراد مطلق الجواب وبعبارة اخرى ان الخصومة من حيث هي
مهجورة شرعا والتوكيل بما هو مهجور باطل فاجاب بان التوكيل بالخصومة بمعناه الحقيقي وهو
الانكار والمنازعة لو لم يكن جايزا لما صح استثناء الاقرار لانه عند الاستثناء يكون هذا توكيلا
بالانكار فقط وجوابه يجيء وفي الحاشية هذا دليل على ان الاقرار ليس بداخل في الوكالة بالخصومة
لانه لو كان داخلا لما صح الاستثناء الاقرار لان الاقرار حق المقر له فيكون الاستثناء مبطلا لذلك
الحق وابطال حق الغير لا يجوز فعلم بانه لو كان داخلا لما صح الاستثناء وقد صح ثم لفظها ولا يقال انه لو
كان داخلا في التوكيل بالخصومة لكان الاستثناء متصلا وهو التكلم بالباقي بعد التناول فلا يلزم في الاستثناء
ابطال حق الغير بعد تعلقه اذ الاستثناء يمنع التعلق لانا نقول لو كان داخلا لكان دخوله بطريق البدلية
دون الشمول لانه انما يدخل في هذا التوكيل بارادة مطلق الجواب ومطلقه يتناول الاقرار على البدلية
ولا بد للمتصل من الاستثناء من التناول على وجه الشمول وانما قلنا ان المراد بها مطلق الجواب دون
العام الشامل للاقرار والانكار معا لان وجه العلاقة بين الجواب والخصومة هو ان الخصومة جزئي من الجواب

وذكر الجزئين واراد الكل من باب ذكر الكل وارادة الجزء وجزء الخصومة هو مطلق الجواب دون العام
على ان الاستثناء المتصل عمل بطريق المعارضة عند الشافعي رحمه الله كالمنقطع فيصح ما في الحاشية على مذهبه قبل ح
لكنا لا نم ان العلاقة هو الجزئية وان هنا من ذكر الكل وارادة الجزء بل هو من قبيل ذكر السبب
وارادة المسبب والخصومة سبب للاقرار والانكار جميعا فصح ان يراد بها كلا هما معا ولو سلم
فالجواب لعلمائنا رحمهم الله عن هذا الاستدلال ان التوكيل بالخصومة يتوقف نفاذه على رضا الخصم
فقبل رضاه بهذا التوكيل لم يتعلق حقه باقرار الوكيل فلا يكون الاستثناء مبطلا لحقه وبعدما وهي كان
راضيا بالاستثناء ايضا فلا يكون استثناؤه ابطالا لحق الغير بوجه وفي الشرح هذه المسئلة
دليل من يقول ان التوكيل بالخصومة لا يتناول الاقرار ووجه الدلالة ان التوكيل بالخصومة لو
كان بمجاز المطلق الجواب لما صح استثناء الاقرار لان المراد من الجواب اما الاقرار او الانكار لا كلاهما
بالاجماع وفي الاستثناء الاقرار من الجواب استثناء الكل من الكل وذا لا يجوز تم كلامه وجوابه على
هذا الطريق من الاستدلال هو انه انما يعني بالخصومة مطلق الجواب اذا لم يستثن الاقرار واما
اذا استثنى فالمراد بها هو الانكار والاستثناء منقطع او المراد بهما الاقرار والانكار جميعا والاستثناء
متصل فاذا كان المراد بها عند الاستثناء الاقرار حقيقة او العام الشامل للحقيقة والمجاز فعلم يكن
هذا استثناء الكل من الكل على ما قرره الشارح ولا ابطال لحق الغير على ما قرره في الحاشية **قوله** وصحته
متناوله ما يملكه قطعا ان اراد بالملك ان يكون حلالا له فيما بينه وبين الله تعالى فلا نم انه شرط لصحة التوكيل
بل الشرط هو الملك بمعنى ان لغيره ذلك منه ولا شك ان ما وجد من الخصم من الاقرار والانكار فهو معتبر شرعا
قوله ولو كان الاستثناء الاقرار فعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصح قلنا ان يمنع **قوله** وكذا لو وكله
بالجواب مطلقا مسئلة مستدلة ليست بداخلة في الاستشهاد **قوله** اما انه خرج بمقابلة الخصومة فيكون الاقرار
مجاز الخصومة والمجاز بينهما لا يكون الا في مجلس القاضي غالبا فلا تسمى خصومة الا الاقرار في مجلس
القضاء غالب فلا تسمى خصومة الا الاقرار في مجلس القضاء لانه المجاز للخصومة غالبا **قوله** او لانه سبب
اي الاقرار انما تسمى خصومة لان الخصومة سبب له وسببه هو الخصومة في مجلس القضاء لانها مفضية
الى الجواب غالبا فكان سببا هو الاقرار في مجلس القضاء فيختص تسمية الاقرار بالخصومة مجازا به ضرورة
وقد يقال يكفي لصحة الاستعارة السببية في الجملة مجاز ان يراد بالخصومة مطلق الاقرار سواء
كان في مجلس الخصومة او غيره لان الخصومة سبب للاقرار في الجملة وان لم يكن سببا له في غير مجلس
القضاء الا يرى انه لو قال لامرأته الحرة حررتك ونوى به الطلاق صح لمكان السببية مع ان التحرير
ليس بسبب لحلول زوال الملك المعتبر في الحراير ولكنه لما كان سببا في الجملة جوزنا استعارة للطلاق في
الحراير فالظاهر ان يقال المراد بالتوكيل بالخصومة هو التوكيل بما يستحق عليه من الجواب والاقرار
في غير مجلس القضاء ليس يستحق عليه فلا يتناوله التوكيل الا ان يقال السببية في الجملة وان كان
يكفي للاستعارة باعتبارها في محل الاستعارة عند امكانها وهنا يمكن اعتبارها في محل الاستعارة فلا تعتبر مطلقا

والله اعلم

والله اعلم

قوله الوكيل يعمل للغير يشكل بان الوكيل للبيع اذا باع ووكله وهو كله بقبض الثمن جاز مع
ان الموكل في قبض الثمن عامل لنفسه ان المراد بالعمل للغير هو اعانة الغير في مؤنة والموكل بالبيع
اذا توكل من وكيله بقبض الثمن يصير معينا له فيما عليه من القبض وان يتضمن ذلك منفعة ايضا اما
الكفيل فلا يصلح وكيلا بقبض الدين لانه واجب عليه والمراد لا يصلح معينا للغير فيما هو مستحق عليه وهذا
هو الجواب عن توكيل المديون بابرائه نفسه عن الدين لانه معين له فقد يحتاج الداين الى ابراء الدين على
وجه لا يرتد برده والابراء على هذا الوجه لا يتحقق الا اذا ابرا المديون نفسه عن الداين وما قيل
في الجواب عنه انه انما يصح لانه تمليك كما في طلقي نفسك فيه نظر اذ التمليكات تقتصر على المجلس وتوكيل المديون
بابرائه الدين لا يقتصر عليه هذا ولكنه انما يتم فيما اذا كان قبض الدين على الوكيل ثم توكل توكله به
فاما اذا لم يبق على الوكيل شيء من الحقوق بان عزل رب المال المضارب وفسخ المضاربة وفي المال
ديون على الناس وليس في المال ربح فانه لا يجب على المضارب الاقتضاء ولكن توكل رب المال به
فيقتضيه توكلة منه فهذا التوكيل صحيح وليس الوكيل في هذا معينا لغيره معين لغيره فيما عليه لانه
ليس على الوكيل الذي يعمل بلا امام العمل بعد العزل فالاولى ان يقال المراد بالعمل للغير هو ان يكون
نائبا عن الغير في العمل ولا يكون اصيلا فيه والكفيل اصيل في قبض الدين فلا يصلح نائبا عن الغير والابراء
تعرف لا يملكه المديون بنفسه انما يملكه الداين فيصلح المديون نائبا عنه في ذلك والله اعلم **قوله** ولان
قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححنا لا يقبل لكونه مشتريا لنفسه فيعدم بانعدام لا يلزمه
قوله كيف يكون قبول قوله ملازما للوكالة لكونه امينا والامانة لا يلزم الوكالة فالضمان لا ينافيها
كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب وبالجملة ان الغاصب اذا توكل ببيع المغصوب جاز ثم ان
كان قوله مقبولا في بيعه يشكل قوله لكونه مبريا اذ الغاصب ايضا مبر نفسه بدعوى البيع
والاوجب ان يقال لا يصح وكالته لانعدام لازمه كالكفيل **قوله** وهو يطر عند مديون اعتقه مولاه
حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين اي للغرماء اختار ان شاء ضمن المولى وان شاء
ضمن العبد جميع الدين كذا في الحاشية وفي الكافي كان المولى كفيل من العبد قلت وفي كتاب الماذون اذا
اعتق المولى الماذون وعليه ديون فعتقه جايز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه
اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق لان الدين
في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان وان كان من كان اقل من قيمته
ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره هذا كلامه **قوله** قوله فلو وكله الطالب بقبض المال عن
العبد كان باطلا لان المولى يصير عاملا لنفسه في اسقاط ضمان القيمة عن ذمته كذا في الكافي **قوله**
هذا يشعر بان توكيل المولى بقبض على العبد من المال انما يبطل بقدر القيمة اما فيما زاد عليه فينبغي ان
يبطل التوكيل لانه في قبض ما زاد عليه ليس بعامل لنفسه والمص رحمه الله اطلق البطلان ولم يقيد بقدر
ما اوجب على المولى من قيمة العبد وكان ينبغي ان يقيد به **قوله** ومن ادعى انه وكيل الغايب في قبض

دبونه وذكر في الذخيرة و في المسئلة نوع اشكال لان التوكيل بقبض الدبون توكيل بالاستقراض معنى لان
الدبون يقضى بامثالها فما قبضه رب الدين من المدبون يصير مضمونا عليه وله على غريمه مثل ذلك
فيلتقيان قصاصا وقد ذكرنا ان التوكيل بالاستقراض غير صحيح والجواب ان التوكيل بقبض الدين
رسالة بالاستقراض لانه لابد للوكيل بقبض الدين من الاضافة الى المرسل بان يقول ارسلني فلان
اليك بقوله اقرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه فيقول اقرضني فيقع
ما دعينا ان هذا رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جايز هذا لفظه وفيه نظر لما سبق
ان للوكيل بقبض الدين والوكيل بالمبادلة وان حقوقها من الخصومة وغيرها يرجع اليه فلو كان
الوكيل به رسولا بالاستقراض لما كان خصما كالرسول فالظاهر ان الامر بقبض الدين توكيل
بالمبايعة دون الاستقراض اذ المأذون كانه يبيع هذا العين بدين للموكل عليه الى هذا اشار
في السلم وبحر ولو سلم ان قبض الدين استقراض فالتوكيل بالاستقراض انما يبطل من حيث ان الموكل لا يملكه
لكونه امرا بالتصرف في حق الغير اما الموكل هنا فيملك قبض الدين فيملك الاقربة ايضا على ان ثبوت الدين
في الذمة بمنزلة ايجاب وقبول جرى بين الداين والمدبون للاستقراض وقد صحت الرواية
بان التوكيل بقبض القرض بعد ما جرى الايجاب والقبول بينهما جايز فكذا هذا
قوله لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس
عن غرضه يشكل بما اذا باع متاع غيره فضوليا فله ان يفسخ قبل الاجازة وليس هذا الا نقض
تصرف باشره لغرض قبل وقوع اليأس عن ذلك الغرض وبقي احتمال الاجازة قوله ولو ادعى انه
مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد
اتفقا انه مال الوارث وقد يقال ان التركة قبل الصرف الى الوارث مبقاة على ملك الميت حتى
حدثت الزيادة ينفذ وصاياه منها صرح به المصنف رحمه الله في كتاب حيث قال الشركاء اذا حضروا
عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي
حنيفة رحمه الله حتى لو حدثت الزيادة ينفذ وصاياه منها حتى يقيموا البينة على موته وورثته لان القسمة
قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة ينفذ وصاياه منها ويقضي ديونه
منها واذا كان قضاء على الميت والاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة هذا لفظه واذا كان التركة قبل القسمة
والصرف الى الوارث مبقاة على حكم ملك الميت كان اقرار المودع اقرارا على الغير فينبغي ان لا يعتبر و
لا يؤمر بالدفع قوله لانه يدفع المال اليه فان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه
فلا يؤخر وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما اذا اشترى عبدا وقبضه ولم يدفع الثمن اليه فادعى
عيبا لم يجبر المشتري على دفع حتى يحلف البايع او يقيم البينة على رضاه بالعيب وقد علل بانه لو
قضى بالدفع فلعله يظهر للعيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صونا للقضاء هكذا ذكر في خيار
العيب فينبغي ان لا يقضي به بدفع المال الى الوكيل ايضا اذا ادعى استيفاء فلعله يقيم البينة

على

على الاستيفاء فالاستيفاء فينقض او يحلف الموكل فينكل القضاء فلا يقضي به صونا للقضاء
عن البطلان ووجه الفرق ان تأخير القضاء اذا تضمن تأخير حق العبد لا الى وقت معلوم لا
يجوز وان فيه توهم النقض لان القضاء حق الله تعالى وحق العبد مقدم لحاجته والتأخير الى
وقت معلوم يجري مجرى الابطال وفيما نحن فيه لو اخر القضاء الى الاستحلاف صاحب المال لتأخر
لا الى وقت معلوم لان رب المال غايب ووقت حضوره غير معلوم وحق الاستيفاء للوكيل وقد ثبت فلا
يؤخر لا الى غاية بخلاف مسئلة العيب لان التأخير هنا الى وقت معلوم لان البايع حاضر يمكن للمشتري
استحلافه في الحال فيظهر الحق فليس فيه التأخير لا الى غاية ثم قوله بمجرد دعواه اشار اليه انه لم يثبت كما
هو مذهب ابي حنيفة رحمه الله انه برئ الوكيل بالاستيفاء الدين خصما لم يكن له حق القبض وعندهما ان
لم يثبت الاستيفاء باقامة البينة على الوكيل يثبت قصر يده لان موجب هذه البينة شيئان ثبوت
الاستيفاء والوكيل ليس بخصم فيه عندهما وقصر يد الوكيل وانه خصم فيه كما في مسئلة الوكيل بالنقل والله اعلم
قوله لانه نايب والنيابة لا تجري في الايمان بخلاف الوارث بحيث يحلف على العلم لان الحق
ثبت للوارث فكان الحلف بطريق الاصالة دون النيابة كذا في الكافي وهو مشكل لما مر فيه من
قوله ولو مات رب العبد قبل حضوره وورثته بايعه وجحد الامر وبرهن لا يقبل بينة وان برهن
اي البايع على اقرار مشتر بعدم الامر اي بان المالك لم يامره بالبيع بعد موته بخلاف ما لو برهن على
هذا الوجه في حيوة رب العبد وانه لا يقبل لان في حيوته ان قبلت بينة البايع من هذا الوجه فانما يقبل
من حيث انه اصل ومن حيث انه اصل هو متناقض وبعد الموت انما يقبل بينة البايع من حيث انه
نايب عن الميت والميت لو ادعى نفسه في حيوته لا يكون متناقضا فكذا نايبه هذا كلامه فقد صرح بان
الوارث نائب عن المورث الاصيل اذ لو كان اصيلا لما قبلت البينة من البايع على اقرار مشتريه بعدم
الامر بعد موت المالك كما لا يقبل في حيوته ثم قوله بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم يشير الى
ان الوكيل كما يحلف على الثبات لا يحلف على العلم ايضا حتى اذا جاء الوكيل بقبض الدين فادعى
المديون ان الداين ولا بينة له يؤمر بالدفع الى الوكيل واذا احضر الداين وانكر القبض يستحلف و
يستحلف الوكيل فانك ما لم تعلم ان الموكل قد قبض الدين لان الوكيل نائب قال في شرح الوقاية
اقول ان ادعى المديون تعلم ان الموكل قبض الدين وانكر الوكيل العلم ينبغي ان يستحلف
لانه ادعى امرا لو اقر به لزمه ولم يبق له طلب الدين فانكر يستحلف هذا كلامه قوله
بخلاف مسئلة الدين اي يؤمر المديون بدفع الدين الى الوكيل دون تحليف الموكل و
هذا اذا كان الموكل غايبا ظاهر اذ التأخير عند الى تحليفه تأخير لا الى غاية معلومة وانه يجري
مجرى الابطال اما اذا كان حاضرا فيجب ان لا يقضي بدفع المال الى الوكيل لانه لو قضى بالدفع ثم يحلف
فينكل وجب استرداده فينتقض القضاء فلا يقضي صونا للقضاء عن البطلان كما اذا ادعى المشتري
عيبا فانه لم يجبر على دفع الثمن اذا كانت له بينة حاضرة لانه لو امر بالدفع فلعله يقيم البينة على العيب

وينقض القضا فلا يقضي به صونا للقضا عن البطلان وقد مر في الكتاب قوله لان القضاء
بالفسخ ماض على الصحة الخ قلت ذكر في الذخيرة اذا كانت الجارية في يد الوكيل بالشراء فاراد
ردها بالعيب فادعى البايع رضا الامر بالعيب لم يصدق من غير بينة لان حق الرد يثبت للوكيل
ظاهر وهو يريد ابطاله فلا يقدر عليه الا بحجة فاذا لم يكن له بينة ورد الوكيل الجارية ثم حضر الامر
فادعى الرضا واراد اخذ الجارية وابى البايع وقال بعض القاضي البيع لا يلتفت الى قوله لانه
مع الامر تصادقا ان الجارية ملك الامر لانه ادعى رضا الامر به وصدقه الامر بذلك فاستند
التصديق الى وقت الاقرار وفي هذا التصادق ظهر ان القاضي اخطاء في قضائه بالرد فقضاه به
بعد ظاهر الا باطنا فبقيت الجارية على ملك الامر في الباطن فكان للامر ان ياخذها وبعض مشايخنا
قالوا هذا على قول محمد رحمه الله واما على قول ابي حنيفة رحمه الله فلا سبيل للامر على الجارية وبعضهم قالوا
هذا قول الكل وهو الاصح ووجهه ان بعض القاضي هنا بالبيع لم يكن بناء على ذلك موجب للنقض
وانما كان لجهله بالدليل المسقط للرد وهو رضا الامر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه وفي مثله لا
ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى في حادثة باجتهاده وثمه نص بخلافه وهذا كلامه فظهر ان ما ذكر
في الكتاب من انه لا يرد عليه حتى لو يحلف المشتري قول البعض اما على ما هو الاصح من ان القضا
بالفسخ انما ينفذ باطنا اذا كان بدليل يوجب الفسخ فيجب ان يصح الرد قبل تحليف المشتري اذا التدارك
ممكن وايضا قبض الدين اعتبر مبادلة وبيعا اشار به المص رح في غير موضع من كتابه فكان القضا
بالايفاء قضاء بالمبادلة والبيع فيجب ان ينفذ ظاهرا وباطنا كالقضاء بساير العقود قوله وقيل الاستحسان
والقياس في قضاء الدين لانه اي القضاء ليس بشراء وقد يقال بل هو شراء كانه وكله ان يشتري ما عليه بما
دفع اليه من الدراهم وذكر ما عرف ان قضاء الدين مبادلة في الحقيقة غير انه اعتبر قبض عين الحق
في حرمة الاستبدال في باب الصرف والسلم فبقي فيما الضرورة على الظاهر
قوله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة يطلب من جهة الطالب
ظاهر كلام المص رح يشعر بان الموكل لا يملك عزل الوكيل بالخصومة اذا كان بالالتماس الطالب
الا برضاء الخصم كما حكى رحمه الله بعض مشايخنا يدل عليه التشبيه بالوكالة التي تضمنها عقد الرهن حيث
لا يصح عزل الوكيل فيها الا برضا المرتهن سواء كان حاضرا او غايبا ولكن ذكر في الخلاصة ان ما
قال بعض مشايخنا خلاف الرواية حيث قال المدعا عليه اذا وكل بطلب المدعا لا يملك عزله وهذا
اذا عزله بغيبة الخصم اما اذا كان بحضرته صح عزله وقال بعض مشايخنا لا يملك عزله الا برضاء
الخصم وهذا خلاف الرواية الى هنا كلامه وفي الذخيرة ان كانت الوكالة بالتماس الطالب لا يصح
عزله حال غيبة الطالب ويصح حال حضرته رضي به او سخط لان بالتوكيل يثبت نوع حق للطالب
قبل الوكيل وهو ان يخاصمه ويثبت حقه عليه وبالعزل حال غيبته يبطل هذا الحق اصلا لانه لا يمكنه
الخصومة مع الوكيل والمطلوب ربما يغيب قبل ان يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه ايضا

المرهون يحرر وحله كما ه
بالتماس الخصم

وأما اذا

واما اذا كان المطلوب حاضرا فحقه لا يبطل اصلا لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكن مع
المطلوب ويمكن ان يطلب منه ان ينصب وكيلا آخر ونظيره ما اشترط في الرهن ان يكون العدل
مسلطا على البيع حيث لا يملك عزله حال غيبة المرتهن لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل
يبطل هذا الحق الا ان فرق ما بينهما ان عزل الوكيل حال حضرة الطالب صحيح وان لم يرض
به وعزل العدل حال حضرة المرتهن لا يصح من غير رضاه والفرق انه لو صح عزل الوكيل بالخصومة
حال حضرة الطالب لا يبطل حقه اصلا لانه لا يمكنه ان يخاصم المطلوب ولو صح عزل الوكيل بالبيع في الرهن
حال حضرة المرتهن يبطل حقه في البيع اصلا لانه لا يمكنه ان يطالب الراهن بالبيع قوله يطلب من
جهة الطالب احترازا عما اذا كان لا يطلب من جهته لانه صح العزل ح وان كان الطالب غايبا فان قلت
وجب ان يصح العزل فيه ايضا الا برضا الخصم او حضرته لتعلق حقه بهذا التوكيل وان كان لغير
طلبه اجيب بان الخصم متى لم يلتمس التوكيل مع علمه بان الموكل ربما يغيب ولا يمكنه الخصومة معه فقد رضي
ببطلان حقه اذ ليس في صحة العزل الا ذلك وفيه نظر اذ غاية الامر انه متى لم يلتمس فقد رضي بان لا يثبت له
حق اثبات المدعى على الوكيل والرضا بعد ثبوت الحق لا يكون رضا ببطلانه بعد الثبوت بل الجواب ان
التوكيل بالخصومة كما يصلح حقا للطالب يصلح حقا للمطلوب من حيث انه يسقط عنه مونة الجواب والخصومة
فمتى كان بالتماس الطالب يعتبر حقا له لان المقصود ح هو تمكين الخصم من اثبات الحق عليه ومتى كان
لا بالتماسه يعتبر حقا للمطلوب لان الظاهر المقصود ح هو نفع المطلوب وان كان ينتفع به الطالب
ايضا لان الاعتبار بالمقاصد قوله متى تعلق حق الخصم بالتوكيل وجب ان لا يصح العزل الا برضاه
بالاجماع لان ابطال حق الغير بلا رضاه باطل اجماعا في وجه من لم يشترط رضاه اجيب بان الموكل
ربما يحتاج الى عزل الوكيل فلو توقف على رضا الخصم لتضرر به فوق ما يتضرر به الخصم اذ الخصم
يتمكن من دفع الضرر عن نفسه بالمخاصمة مع الموكل او طلب وكيل آخر بخلاف الموكل لا يمكنه
دفع ما يتوهم من الضرر بعماله وكيلا فكان حقه اولى بالرعاية من حق الخصم قوله ويستوي
الوكيل بالنكاح اي لا يتصرف لا يرجع فيه الحقوق الى الوكيل وغيره اي غير النكاح من التصرف
الذي يرجع فيه الحقوق الى الوكيل للوجه الاول وهو قوله من حيث ابطال ولايته قوله لان التوكيل
تصرف غير لازم وقد يقال التوكيل قد يلزم كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن مع انها تبطل بموت
الموكل وحيوته لاطلاق المسئلة اللهم الا ان يقال يقيد المسئلة بما اذا كان التوكيل غير لازم كما
يقيد في الحاشية وايضا بعض التصرفات غير لازم كالبيع بشرط الخيار مع انه لا يبطل بموت العاقد
بل يلزم الا ان يعتبر عدم اللزوم بالعارض قوله فيكون لدوامه حكم ابتدائه وفيه بحث لما ذكر في
الكافي في كتاب الشركة حيث قال ان امر احد المتفاوضين رجلا يشتري عبدا بالف ولم يدفع اليه الثمن
فنقضا عقد المفاوضة وفاوض كل واحد رجلا آخر ثم اشترى المامور عبدا وهو يعلم بما فعلتها
اولا فالشراء للامر خاصة ولا يكون للشريك الاول منه شيء لان نفاذ توكيله عليه ثبت ضمنا

للمعاوضة فتبطل ببطلان المتضمن بلا شرط علم لانه عزل حكمي ولا للثاني لان الملك في المشترى
انما يقع للامر بسبب سابق على شركة الاخر وهو التوكيل السابق ولولا ذلك التوكيل لما وقع
الملك له في العبد والملك اذا وقع لاحد الشريكين لسبب سابق على الشركة لا يشاركه الاخر فيه
هذا كلامه فلو اعتبر بقاء التوكيل كابتدائه وجب ان يقع العبد بين الامر والشريك الثاني كما لو وكل بعد
الشركة معه ولئن قيل التوكيل في حالة البقاء في حكم الابتداء وليس بابتداء التوكيل حقيقة وكونه في حكم
الابتداء ان كان يقتضي ان يقع المشترى على الشركة فجهة كونه ليس بابتداء التوكيل حقيقة
يقتضي ان لا يقع فلا يقع على الشركة بالشك **قوله** فيجب ان لا يبطل بالموت والجنون ايضا لان جهة
كونه في حكم الابتداء ان كان يوجب البطلان فجهة الحقيقة لا توجبه ولم يكن باطلا فلا يبطل بالشك
وايضا لو كان بطلان الوكالة بالجنون باعتبار ان لبقائه حكم ابتدائه لاستواء الجنون المطبق
وغير المطبق لان ابتداء التوكيل لا يتحقق مع جنون الموكل وان لم يكن مطبقا فكذا ابقاؤه
الا ان يقال لبقائه حكم ابتدائه وليس بابتداء حقيقة فقلنا يبطل بالمطبق من الجنون دون
غيره عملا بالجهتين فان قلت لانه لا يسقط به جميع العبادات وقد يقال بل ينبغي عليه بعض
العبادات ايضا كالحج فانه لا يسقط بجنونه سنة قلت احتياطا اي اخذا بالمتيقن المبطل
للوكالة انما هو كونه في حكم الميت ولا ياخذ حكم الميت يقينا الا لسقوط جميع العبادات عنه
والا فلم سقط البعض لا ياخذ حكم الميت يقينا لانه حي في حق البعض حيث قالوا الحكم المذكور في
اللحاق قول ابي حنيفة رحمه الله لان تصرفات المرتد موقوفة عنده **قوله** لحكم المذكور هنا انما هو ببطلان
توكيل المرتد بلحاقه اي بقضاء القاضي باللحاق اذ اللحاق قبل تعذره بالقضاء غير معتبر وهذا مما لا نزاع
فيه انهما ايضا يقولان ببطلان وكالة المرتد باللحاق المتقررة بالقضاء غير ان البطلان عنده مستند
وعندهما مقتصر اما تحقق البطلان باللحاق المتقرر بالقضاء فلا نزاع فيه وبالجملة ان ما هو المذكور
في الكتاب من بطلان وكالة المرتد باللحاق بدار الحرب فلا نزاع فيه بين ابي حنيفة رحمه الله وصاحبيه
وما فيه النزاع من توقف وكالته بعد الردة عنده ونفاذه عندهما فليس بمذكور في الكتاب لا
يقال يمكن ان يحمل المذكور في الكتاب على بطلان الوكالة مستندا الى وقت وجودها فلا يكون قول ابي
حنيفة رحمه الله خاصة لانهما يقولان باقتصار البطلان على وقت اللحوق لنفاذ التصرف عندهما
وتوقفه عنده لانا نقول كما يمكن الحمل على ذلك فيكون المذكور قول ابي حنيفة رحمه الله لكن الحمل على
البطلان المقتصر فيكون المذكور قولهما فلا وجه لتخصيص حمله على قول ابي حنيفة رحمه الله مع احتماله
قولهما ايضا ثم لا يقال جاز ان يكون الاختلاف في ان بطلان الوكالة بمجرد اللحوق وبعد ما قضى
القاضي باللحاق حيث ذكر في وجه قول او لحق بدار الحرب وفي وجه قولهما او يحكم بلحوقه لانا نقول
هذا غريب بين نظامه في المرأة اذا عاد مسلما قبل القضاء فانه لم يزل مسلما لان اللحوق لما احتمل
العود لم يستغن عن القضاء فان عاد قبل القضاء جعل كان لم يكن كالعبد المبيع اذا ابق قبل

القبض وقضى بفسخ البيع لا يبطل قضاؤه بعوده من اباقه وان لم يقض بالفسخ جعل كانه لم يابق
حتى يبقى العبد على حاله كذا هنا كذا في الكافي وانه اشار في ان القضاء باللحوق شرط عند
الكل حيث ذكر من غير خلاف وذكر هناك ايضا تصرفات المرتد انواع نافذ اتفاقا كقبول الهبة و
باطل اتفاقا كالنكاح ومختلف في توقفه كالبيع والشرا والاجارة والعتق والتدبير بعض يتوقف
هذه التصرفات ان اسلم بعد وان مات او قتل على ردته او قضى بلحاقه يبطل وعندهما ينفذ هذه
التصرفات هذا كلامه اشار في قوله او قضى بلحاقه في وجه قول ابي حنيفة رحمه الله الى انه لا عبرة لنفس اللحوق
بلا قضاء عنده ايضا وايضا ذكر ثمه وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات
اولاده ووقع طلاقه المعلق وحلت الديون التي عليه وانتقل ما اكتسبه في حال اسلامه الى ورثته المسلمين
وقال الشافعي رحمه الله يبقى موقوفا بعد لحاقه كما كان كما قبله لانه نوع غيبة فلا تعتبر به حكم ماله كما لو كان
مترددا في دار الاسلام اذ الدار في حكم واحدة عنده ولنا انه باللحوق التحق بالاموات لانه صار
حربيا حقيقة وحكما ولهذا في دار الحرب كالميت في حق المسلمين لانقطاع ولاية الالزام عليهم كما انقطعت
عن الموتى الا انه لا بد من القضاء لاحتمال العود الى دار الحرب فاذا اتصل به قضاء القاضي راجحا جانب
عدم العود صار كالميت هذا كلامه وهذا ايضا اشارة الى ان القضاء باللحوق شرط عند علمائنا رحمهم الله
بالاتفاق الا انهم كثيرا ما يذكرون اللحوق ويريدون اللحوق المعتبر المعهود وهو اللحوق المقترن بالقضاء ا
يفصح عن ذلك تفصيح كلامهم ثم ذكروا ان حكم بلحاقه عتق مدبروه باللحاق شرط في ظاهر الرواية وفي بعض
الروايات يكفي بمجرد اللحوق وهذا ايضا يوجب ان يكون القضاء باللحاق شرطا عندهما ولا يكون شرطا
عند ابي حنيفة رحمه الله بل ظاهره يشعر بانه شرط عند الكل في ظاهر الرواية وليس بشرط عندهم في بعض
الروايات وبالجملة فجعل المذكور هنا من قوله ويبطل الوكالة باللحوق مرتدا قول ابي حنيفة
رحمه الله خاصة وتعليله بان تصرفات المرتد موقوفة عنده وجعل قولهما في بطلان اللحوق
مرتدا اطلاق قوله وتعليله بنفاذ التصرفات المرتد عندهما مما يحتاج الى مزيد تامل وكانهم ارادوا ان
الحكم المذكور في اللحوق على قول ابي حنيفة رحمه الله اظهر لان تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذ
وبطلان الموقوف من بطلان النافذ **قوله** واذا وكل المكاتب ثم عجز والماذون له ثم حجر عليه هذا كله اذا
كانت الوكالة بالبيع والشرى اما اذا كان التوكيل بقضاء الديون او التقاضي لم يبطل ذلك التوكيل بعجز
المكاتب ولا بالحجر على الماذون لان في كل شيء وليه العبد لا يسقط المطالبة عنه بالحجر عليه وله ولاية
المطالبة بالمستوفى ما وجب له فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة **قوله** او الشريكان فافترقا اي
وكل احد الشريكين الثالث ثم نقضا الشركة يبطل الوكالة **قوله** هذا ليس يجري على ظاهره لما ذكر
من الكافي في متفرقات الشركة انه امر احد المتفاوضين رجلا يشتري عبدا بالف ولم يدفع اليه
الثمن فتنقضا عقد المفاوضة وفاوض كل رجل آخر ثم اشترى المامور عبدا وهو يعلم بما نقضها

بالشري الامير خاصة ولا يكن للشريك الاول منه شي لان نفاذ توكيله عليه ثبت ضمنا للمعاوضة
فيبطل ببطلان المتضمن ولا للثاني لان الملك في الشري انما يقع للامر بسبب سابق على الشركة
ولولا ذلك التوكيل لما وقع الملك له في العبد والملك اذا وقع لاحد الشريكين بسبب سابق
على الشركة لا يشاركه الاخر فيه هذا الكلام وانه تصريح ببقاء توكيل احد الشريكين غيره بالشري في
حق الموكل وبطلانه في حق الشريك خاصة فعلم ان فسخ الشركة انما توجب بطلان توكيل احدهما
بالشري في حق صاحبه لا في حق نفسه وفي الكافي ثم ايضا لو وقع احدهما المعاوضين البيه اي الى رجل
لدنير وامراة بشتري عبدا فاشتري بكرمثله في الذمة جاز استحسانا لانه امر بالشري بكر
وسط وقد اشتري به فان لم يشتري الوكيل حتى نقضا المعاوضة وفاوض كل لاخر ثم اشتري الوكيل فان
علم بمناقضهما سلم العبد الى الامير وان لم يعلم فهو بين الامير وشريكه الاول والفرق انه انعزل وقد
سلم الكر بضمن بحصته للشريك الاول فيتغرر به بخلاف ما اذا لم يتعقده هذا الكلام وانه تصريح بان انها
توكيل احد المعاوضين انما يبطل في حق الشريك بنقضها الشركة بعد نقد الثمن اذا علم بمناقضتهما اما
اذا لم يعلم به بقي وكيلا في حق الامير وشريكه جميعا ويكون المشتري بينهما ثم في المسئلة الاولى اشارة
الى ان توكيل احد المعاوضين انما يبطل في حق صاحبه بنقضها المفاوضة اذا ثبت التوكيل في حق
صاحبه في ضمن الشركة بلا قصد منه اما اذا وكل رجلا بالشري وثلث التوكيل بامرهما صريحا فانه لا يبطل
بنقضها الشركة الا يري انه لا يبطل بعد النقض في حق الامير انما يبطل في حق من ثبت التوكيل منه ضمنا
فاذا كان الامر منهما جميعا وجب ان لا يبطل بعد النقض الوكالة بنقض الشركة في حقهما جميعا فعلى
هذا وجب ان يأول قوله او الشريكان فافترقا باحد الشريكين لما ذكرنا ان الشريكين اذا وكلا
رجلا ثم افترقا وجب ان يبقى وكيلا **قوله** فهذه الوجوه يبطل الوكالة هذا فيما اذا لم يلي الوكيل اما
الذي وليه الوكيل بنفسه كما في المفاوضة فلا يبطل الوكالة بالافتراق لانه ذكر في المبسوط واذا
وكل احد المعاوضين وكيلا بشي هو وليه ثم افترقا واقتسما واشهدا على انه لا شركة بينهما ثم امضى
الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لم يعلم اجاز عليهما لان توكيل احدهما في حال بقاء المفاوضة كتوكيلهما
فصار هو وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضها الشركة كذا في الشرح وهذا يخالف ما ذكرنا من الكافي
فانه تصريح بانتقاض الوكالة بنقضها المفاوضة ولكن في حق الشريك لا في حق الموكل وما ذكر
في المبسوط تصريح بان توكيل احد المعاوضين لا يبطل بنقضها المفاوضة اصلا ثم الظاهر
ان قوله في المبسوط بشي هو وليه احترازي اذا لم يكن الوكيل واليا لتصرف وكل به كما اذا وكل
المحرم بشرا الصيد او بيعه او وكل المسلم بشري خمرا وخنزير فان هذا التوكيل باطل فلا يصلح
تقييدا بقوله فهذه الوجوه يبطل الوكالة بقوله وهذا فيما اذا لم يلي الوكيل كما فعله الشارح
لظهور ان التوكيل فيما لم يلي الوكيل من التصرف فيما كان باطلا في نفسه لا يبطل بهذه الوجوه

من موت

من موت الموكل وجنونه ولحاقه بدار الحرب او المبطل انما يؤثر في الصحيح لا في الباطل هذا اذا اظهر ان
جعل الضمير في قوله بشي هو للوكيل كما هو الظاهر لقوله اما اذا جعل لاحد المفاوضين فالتمسك برواية
المبسوط على قوله وهذا فيما اذا لم يلي الوكيل افسد قلت فهذه الوجوه المعترضة من العجز والحجر و
الافتراق اذا اعترضت على الموكل يبطل وكالة وكيله في العقود والخصومات الا في التقاضي الذي
الذي وليه المكاتب او قضائه لان عجزه يوجب الحجر عليه من انشاء التصرفات لا عن قضاء الدين
فلذلك لا يوجب عزل وكيله عن ذلك كذا في الشرح فهذا اظهر ان الصواب ان يقول الشارح بدل
قوله اذا لم يلي الوكيل بنفسه الى آخره هذا فيما اذا لم يلي الموكل بنفسه اما الذي وليه الموكل بنفسه من قضاء
الديون واقتضائها فلا يبطل فكانه اراد بالوكيل الشريكين وكيل في المفاوضة من جهة صاحبه او
تصحيف الموكل ولكن التمسك برواية المبسوط يأباه والجملة ان ما ذكره الشارح من التقييد بقوله و
هذا فيما اذا لم يلي التوكيل ثم التمسك على ذلك برواية المبسوط يحتاج الى مزيد تأمل سواء جعل الضمير في قوله
لشي هو وليه للوكيل او لاحد المفاوضين كما ذكرنا **قوله** لمحمد رحمه الله ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع
اما الوكيل فيتصرف بما في بما بالمرتد والا يجرد بعارض اللحاق بتباين الدارين فاذا زال العجز
والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف رحمه الله انه اثبات ولاية التقييد لانه ولاية اصل
التصرف باهلية وولاية التقييد بالملك وباللحاق التحق بالاموات ويطلب الوكالة فلا يعود و
كيلا قلت هذا اظهر والله اعلم **كتاب الدعوى** قلت الدعوى اضافة
الشي الى نفسه حالة المنازعة كذا قيل فان قلت ذو اليد اذا اقام عند دعوى الخارج هذا الذي
بيده لي ذكر دعوى مع انه اضاف الشي الى نفسه عند المنازعة وايضا قول الخارج هذا الذي في
يدك لي قبل انكار ذي اليد دعوى ايضا مع ان الحالة قبل الانكار ليست بحالة المنازعة اجيب
اما عن الاول فلان المراد بالشي المذكور في تعريف الدعوى هو الشي الذي ليس بسالم له
بحكم الظاهر فلا يدخل فيه اضافة ذي اليد ما هو في يده الى نفسه لسلامته له بظاهر اليد واما عن الثاني
فلان المراد بالمنازعة ما يعم المنازعة المحققة او الموهومة ومنازعة ذي اليد عند اضافة الخارج ما في
يده الى نفسه موهومة بل ظاهرة **قوله** وهذا حد عام صحيح فان قلت كيف يكون صحيحا ومعرفة
صحة الجبر وعدمه يتوقف على معرفة المدعي والمدعى عليه فلو عرف فان عرف المدعي بمن لا يجبر على الخصومة
اذا تركها والمدعى عليه بمن يجبر على ذلك كان دورا الجواب انه تعريف للخفي بما هو اشهر
منه فيما بينهم كما عرفوا الاجير المشترك بمن لا يستحق الاجر حتى يعمل وسيأتيك ان شاء الله
قوله لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان قلت يشكل بما لو مات المحتال عليه فقال
المحتال **قوله** وعاد وبني الى المحيل وقال المحيل مات مليا ولم يعد الدين الي فالقول قول
المحتال لانه متمسك بالاصل مع انه في المعنى يدعي عود الدين الى ذمة المحيل وهو ينكر فيجب
ان يعتبر المعنى كما في مسئلة المودع اذا قال رددت الوديعة وكما اذا اوصى لفقراء بني فلان

كتاب الدعوى

فقال واحد منهم انا فقير وقالت ورثة الموصي انه غني فالقول للورثة وان كان الموصى له منكر العناد متمسكا بالاصل وهو الفقر لانه يدعي استحقاق الوصية معنى والورثة ينكرونه قلت انما يجب اعتبار المعنى اذا تعينت فيه جهة الانكار او جهة الدعوى اما اذا تعارضت الجهات فيه بان كان انكارا من وجه ودعوى من وجه فالاعتبار لجانب الصورة لسلامته عن المعارضة وفي مسئلة الحوالة المحيل من حيث المعنى منكر لانه انكر عود الدين اليه و مدع لانه يدعي السار ادعي توجه المطالبة الي ورثة المحتال عليه وهو دعوى على الطالب فانه متى ثبت ذلك لا يعود الدين الي المحيل والطالب بدعوى الفقر ينكر توجه المطالبة الي ورثة يدعي توجهها الي المحيل فلما تعارضت جهتا الانكار والدعوى على اعتبار في المعنى ترك الاعتبار للصورة لسلامتها عن المعارضة او ترجح جانب الانكار في حق الطالب لتايده بالانكار الصوري وترجح الدعوى في حق المحيل بانضمام الدعوى الصوري اليه ولا تعارض على اعتبار المعنى في مسئلتي الوديعة والوصية وكان الاعتبار فيهما لجانب المعنى والله تعالى اعلم قوله لانه ينكر الضمان فان قلت الوديعة امانة في يد المودع و الامانة ليست بمضمونة فانى يتحقق انكاره لضمان قوله كانه اراد بالضمان وجوب الرد والتخلية والوديعة ان لم يكن مضمونة بمعنى ان يجب عليه مثله ان قيمته عند الهلاك فهو مضمونة بمعنى وجوب التخلية عليه عند طالب المالك قوله والالتزام في المجهول لا يتحقق اي الالتزام فيما يجري فيه المقابضة بينهما في المجهول والا فيلزم مائة من الابل في الدية وكذا يلزم في النكاح الفرس الوسط والشاة الوسط ويجري على نسمة مع انها مجهولة قوله ويتعلق بالدعوى اي الدعوى الصحيحة قوله ان اردت الصحة من كل وجه لم يترتب عليه قوله وجوب الحضور ولزوم احضار العين المدعى اذ الاشارة على المدعي عليه والعين المدعي شرط لصحة الدعوى فالدعوى لا تصح من كل وجه الا اذا اشار الى الخصم والعين فاستحال ان يكون الصحة شرطا لوجوب الحضور واحضار العين ولان اراد به من وجه وهو ان لا يكون فاسدا في مجرد لدعوى بثمن الخمر والخنزير من المسلم لم يترتب عليه قوله ووجوب الجواب اذ الجواب لا يترتب الا على دعوى الصحيح من كل وجه فان قلت والقيمة تعرف به اي القيمة حتى تعرف العين بذلك الشي فلذلك تذكر قيمة العين وقيل اي العين لا يعرف بالوصف وان بولغ في وصفه لمشاركة كثير من الاعيان اياه في ذلك الجنس لكن ببيان الوصف طولا وعرضا يعرف قيمته وعلى هذا كان الضمير في به راجعا الى الوصف وفي الاول الى خبر القيمة المحذوف وهو شيء كذا في الشرح ويرد على الوجه الاول ان حذف موصوف الجملة او الظرف مشروط بان يكون الموصوف بعض ما قبله من المجرور بمن او بفي فان لم يكن كذلك لم يقم الجملة او الظرف مقامه الا في الشعر كذا ذكر المحققون من ائمة النحو ولا خفاء انه يلزم في هذا الوجه حذف موصوف الجملة بدون

هذا

هذا الشرط على انهم صرحوا رجوع الضمير الى الموصوف المقدر لم يجئ في السعة فلا يقال جاء في الحسن وجهه في السعة برجوع الضمير الى الموصوف المقدر الا ان يقال ربما شرط في كلام الفصحاء والعرب العرباء ما لا يراعى ذلك في كلام المولدين الا يرى انهم لم يجوزوا حذف الفاء جزاءا ويحذف كثيرا في كلام الفقهاء لما وقع في كلام المصنف في غير موضع من هذا الكتاب وعلى الثاني ان القيمة لو كانت تعرف بذكر الوصف لزم ان لا يحتاج الى بيان القيمة مع ذكر الوصف وليس كذلك ففي المبسوط وان كان العين المدعي مستهلكا بتعذر احضاره فيقام الوصف والقيمة مقام الاشارة الى العين لصحة الدعوى والشهادة ولان المدعي ههنا في الحقيقة دين في الذمة وهو القيمة فلا علاقة بذكر صفته وقيمته وفي الذخيرة وان وقع الدعوى في عين غايب فان بين الجنس والصفة والقيمة فدعواه مسموعة والبينة مقبولة وان لم يبين القيمة ذكر في عامة الكتب انها مسموعة وقال فخر الاسلام اذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغي ان يكلفه بيان القيمة فاذا كلفه ولم يبينه يسمع دعواه لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه بيان القيمة فقد اضر به اذ تعذر اليه الوصول الى حقه فاذا سقط بيان القيمة من الدعوى سقط من الشهود بالطريق الاولى فظهر بهذا ان بيان القيمة مع ذكر الوصف لا بد منه الا انه سقط بيانها في عامة الروايات رفعا للحرج فلو كانت القيمة تعرف ببيان الوصف طولا وعرضا لما وجب بيانها مع ذكر الصفة ولا يكون سقوطها للضرورة وايضا على هذا المعنى وجب ان يقال وان لم يكن كل العين حاضرة ذكر وصفها لتعرف قيمتها ليترتب عليه قوله لان العين لا يعرف بالوصف والقيمة يعرف به فتذكر وصفها لتعرف قيمتها وقد قال في الكتاب ذكر قيمتها والدليل المذكور بالمعنى الثاني لا يترتب عليه على ما لا يخفى فالظاهر هو الاول والمعنى ذكر قيمتها لان العين وان كانت لا تعرف بالوصف فالقيمة تعرف بالوصف بان يقول كذا درهما جيدة اي افضل الصفات وذلك قوله لانه تعذر التعريف بالاشارة فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به التوكيل اسقاط عند محمد رحمه الله اثبات عند ابي يوسف رحمه الله وقد اجمعوا ان الاسقاطات تقبل التعليق بالشرط والاثبات لا تقبل والتوكيل تقبل التعليق بالشرط اتفاقا فلو كان التوكيل اثباتا عند ابي يوسف رحمه الله لما قبل التعليق فان قلت قد قالوا في المنقول الذي تعذر نقلها الى القاضي بحضرتها او يبعث امينا اليها ما ليمكن الاشارة فلم لا يكون هكذا في العقار قلت ان الدعوى تكثر في العقارات فلو شرط فيها حضور القاضي او بعث الامين لادى الى الحرج وهو مرفوع اما الدعوى فيما يتعذر نقلها من المنقولات فنادر فلا يتحقق الحرج باشتراط حضور الحاكم او بعث الامين فلو كان الرجل مشهورا لا يذكره وفي الدار لا بد من التحديد وان كانت مشهورة عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يشترط لان الشهرة مغنية عنه وله ان قدرها لا يصير معلومة الا بالتحديد كذا في الكافي وفيه بحث لظهور ان قدر الدار عبارة عن كمية ذرعها طولا وعرضا وهذا لا يعرف ببيان الحدود بل المعلوم به نفسها قوله بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة

او علم القاضي هو الصحيح ذكر في الذخيرة في فصل التاسع من كتاب الدعوى اذا وقع الدعوى
في عقار لابد وان يذكر الشهود انها في يد مدعا عليه والاقرار لا يكفي حتى لو تصادقا ان
الدار المدعي في يد المدعا عليه فالقاضي لا يقضي بالدار هكذا ذكر الخصاف وذكر في كتاب
الاقضية وبجوز القضا بالملك ولم يشهد الشهود على يد المدعا عليه جوز الشهادة من غير ان يشهدوا
على يد المدعا عليه مع ان وضع المسئلة في الدار فقيل ما ذكر في الخصاف قوله وبه اخذ بعض المشايخ
وقيل في المسئلة روايتان والفتوى على انه لا بد من ان يشهدوا على يد المدعا عليه هذا كلامه فقوله
هو الصحيح عن رواية اخرى ثم اذا هذا اريد اقامة البينة اما في الاقرار فلا لما ذكر في فتاوى ابي
الليث انكر المدعا عليه ان يكون المحدود في يده حلف فان حلف ارتفع عنه الخصومة والا صار
مقرا باليد فيحلف على ملك المدعي فان نكل حتى صار مقرا بملك المدعي يؤمر بترك التعرض ولكن اذا
اراد المدعي اقامة البينة لا بد وان يثبت اليد بالبينة حتى لا يتعدى القضا الى غير المدعا عليه
الذي هو صاحب اليد وهذا الابتا في فصل الاقرار لان القضا بالاقرار لا يتعدى الى
غير المقر هذا لفظه ويقال كيف يتعدى القضا الى غير المدعي عليه والقضا بالبينة في الملك ايضا لا ينفذ
على غير المقضي عليه على ما عرف وجوابه ان المراد بقوله حتى لا يتعدى الى غير المدعا عليه حتى لا يلزم القضا
على غير المدعا عليه فيبطل فلا يقع صونا القضائه عن البطلان بخلاف صورة الاقرار فانه لا قضا
فيه حتى يبطل عند كون الدار في يد غير المدعا عليه فان قلت احتمال كون الدار في يد غير المدعا عليه
لا يندفع باقامة البينة على ان الدار في يده ايضا لاحتمال ان يكون الدار في يده فلا يكون هو ذا اليد
بان كان غاصبا وباحداث اليد لا يصير ذا اليد قلت بان الاحتراز عن هذا الاحتمال متعذر فلو
اعتبر لزم سد باب القضا وبابه مفتوح **قوله** لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه الى قوله
بالمطالبة بزول هذا الاحتمال قلت ما مر في الكتاب من قوله وذكر انه في يده وانه يطالبه به تصريح
بان الشرط هو ذكر المطالبة بان يقول انا طالبه بتسليمه الي والتعليل في المذكور ان لا ينتجان
اشتراط ذكر المطالبة بل ينتجان نفس الطلب بان يقول للمدعا عليه سلمه الي وللقاضي امره بالتسليم و
لا حاجة ان يقول انا طالبك بالتسليم فالتعليل لا يوافق المدعي **قوله** ولانه يحتمل ان يكون مرهونا
الخ فان قلت كيف يدل المطالبة على انه ليس بمحبوس في يده بحق قلت لان الظاهر ان الانسان
لا يطالب الا اذا كان له حق المطالبة ولا يكون له ذلك الا اذا كان محبوسا في يده من غير حق اذ الطلب
وهو في يده بحق باطل فيزول به احتمال كونه مرهونا في يده او محبوسا بالثمن فقام ذلك مقام قوله
بغير حق **قوله** بزول هذا الاحتمال اي في زعم المدعي فيتوجه دعواه لا انه يزول في الواقع
قوله ومن هذا قالوا في المنقول لا تخصيص لقوله وانه يطالبه بالعقار حتى لو قال ذلك في
المنقول يجب ان يكتفي عن قوله بغير حق وكذا لا تخصيص لقوله بغير حق بالمنقول حتى لو قال ذلك
في العقار يجب ان يكتفي اذ لا وجه يعرف للتخصيص الا ان يقال دعوى انه في يده بغير حق لا يمكن في العقار

لان اليد المبطلة لا يثبت فيه حتى لا يتحقق غصب العقار عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فيكتفي فيه
بالمطالبة القاطعة لاحتمال كونه في يده بحق بحكم الظاهر فاما في المنقول فيتحقق اليد المبطلة فيه فيمكنه
ان يقول انه في يده بغير حق فيجب ان يقول فيه ذلك ولا يكتفي لمجرد المطالبة فيه وذلك انه لا بد من قطع احتمال
كون المدعي محبوسا في يد المدعا عليه بحق والموضوع لقطع هذا الاحتمال انما هو قوله انه في يده بغير حق فاما
المطالبة فلا تدل عليه الا بحكم الظاهر فلا يصار اليه الا عند تعذر ما يدل عليه بالقطع ولا يتعذر في المنقول
فليكتفى فيه بها بخلاف العقار لتعذر ذلك فيه فيكتفي بما يقطع احتمال كونه في يده بحق لمجرد المطالبة ويدل
على انه لا يكتفي في المنقول بالمطالبة ما ذكر في الوقاية من قوله ويزيد في المنقول انه في يده بغير حق وبهذا
سقط ما قال في الوقاية من قوله اقول هذه اعني قوله فان الشي يكون في يد غير المالك بحق كالرهن
والله اعلم **قوله** واذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعا عليه عنه وفي شرح الزيادات قالوا ان
المدعي اذا ادعى حقا بين يدي القاضي لا يسأل القاضي المدعا عليه عن جواب خصمه الا اذا طلب المدعي سواله عن ذلك
لانه حقه فيتوقف على طلبه وحكي ان سماعة محمد رحمه الله ان الخصم اذا كان معروفا انه لا يهتدي اليه ولا يعرف
او يدخله حصر لمهابة مجلس القضا لا باس بان يهديه القاضي اليه ويحثه عن غير طلبه اعانة له على حقه
قوله لان اليمين حقه بالحديث قال عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر
كذا في الكافي قيل الاولى ان التمسك لاثبات ان اليمين حق المدعي بما مر من قوله عليه السلام لك يمينه قلت
بل الاولى هو التمسك لقوله عليه السلام واليمين لما في قوله فلك يمينه من التوثيب المنافي لما يقوله
ابو يوسف رحمه الله حيث سأل اولا عن البينة ثم رتب اليمين عليه وفي بعض الروايات فقال
اذا لك يمينه والترتيب فيه ظاهر وفي وصف الحديث بالمعروف ايضا اشارة الى ان المراد هو
قوله واليمين على من انكر لانه حديث مشهور وقوله لك يمينه ليس بمشهور والله اعلم وبيان وجه التمسك
به ان المراد بقوله واليمين على من انكر هو ان اليمين حق واجب على من انكر للمدعي فيكون اليمين في هذا
الحديث ايضا مضافا الى المدعي بحرف اللام تقديرا فكان حقا له ثم لقائل ان يقول لما كان اليمين حق المدعي
عند عدم البينة وجب ان يحبس المدعي عليه لا بعا هذا الحق حتى يحلف او ينكر فيستحلف فيما لا يحتمل
البدل كالاشيا الستة التي لا يستحلف فيها عند ابي حنيفة رحمه الله استيفاء للحق اثبات له شرعا
كما يستحلف في دعوى القصاص في النفس فان حلف والا يحبس **قوله** وجعل جنس الايمان
على المنكرين وليس وراء الجنس فان قلت التمسك بهذا الحديث انما يصح ان لو تعين الخارج مدعيا
وصاحب اليد منكرا وليس كذلك لان كلا مدعي من وجه ومنكر من وجه لان كلا يقول لصاحبه هذا
الشي لي وليس لك فينبغي ان يقبل بينة الخارج من حيث انه يدعي ويمينه من حيث انه منكر كما في
مسئلة المتبايعين اذا اختلفا فلا يكون في الحديث دليل على انه لا يمين على المدعي هذا الحديث
يقتضي ان لا بينة على المنكر والمنكر غير المدعي لانه قسم الخصوم فجعل قسما مدعيا وقسما مدعا عليه

وقسم الحجة على نوعين فجعل نوعا على المدعي ونوعا على المنكر والقسمة تقتضي التمييز فميزنا بان جعلنا الخارج مدعيا والمدعى عليه منكرا لان اول ما يصدر من اقوال المدعي ما في يد المدعا عليه واول اقوال المدعا عليه في جوابه انكار ما ادعاه فسمي كل باول ما يصدر منه في الخصومة وما ذكر من انكار المدعي لانكار المدعا عليه ودعوى المدعا عليه لما في يده وقع ضمنا لا قصدا فلا يستحقان الاسماء المميزة بالمعاني الضمنية فما حكم المتبايعين فبخلاف القياس كذا في الشرح قلت قد يعتبر قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وان كان هو مدعيا بمعنى ان اول ما يصدر عنه هو الدعوى كما اذا تنازعا في احد مصراعي الباب وهو موضوع على الارض والمصراع الآخر معلق على باب احدهما انه يقضي بالموضوع لمن كان المصراع الآخر في يده اذا كان يشبه الموضوع فلا بد ان يراد بالمدعي من لا يشهد له الظاهر وبالمنكر من يشهد له والظاهر يشهد للمدعي اذا اقام شاهدا او نكل المدعا عليه فيدخل في عدم قبول قوله واليمين على من انكر فلا يكون القول برد اليمين مخالفا للحديث فالاولى ان يقول الدعوى لا تجامع الانكار في حكم واحد لان الدعوى عبارة عن اضافة شيء لا يسلم له الا بالحجة الى نفسه ولم يكن ثابتا له بحكم الظاهر والانكار عبارة عن نفي حق الغير فيما يثبت له بالظاهر لا بحجة فيهما في طرفي نقيض فيصح التمسك بهذا الحديث على ان لا يمين على المدعي الذي لم يكن الحق ثابتا له بحكم الظاهر فعلى هذا دخل من يشهد له الظاهر في المنكر لان الحق ثابت له بحكم الظاهر كما هو ثابت للمنكر عليه المنكر بظاهر يده وذلك ان المحتاج الى الاثبات بالبينة هو من لم يكن الحق ثابتا له بالظاهر واما من كان ثابتا له به فلا يحتاج اليه فتعين الاول مرادا بالمدعي والثاني بالمنكر واما المدعي بعدما اقام شاهدا او نكل مدعا فالحق ليس بثابت له بحكم الظاهر بل يريد اثبات هذا الحق على الغير بالظاهر وانه لا يكفي للاثبات ابتداء على ان ظاهره معارض بظاهر المدعا عليه فان اليد يشهد له فتساقطا بالتعارض بخلاف ما ذكرنا من المسئلة فان ظاهر من في يده المصراع الآخر ليس بمعارض بظاهر آخر وان الحق ثابت له باليد الحكمية فان اليد على الشيء يد على نظيره اعتبارا فصار كانه في يده ثابت له بحكم يده الثابتة ظاهرا فتعين الآخر مدعيا فاما مسئلة المتبايعين فهي بعد القبض بخلاف القياس واما قبله فدعوى البائع في زيادة الثمن وانكاره في وجوب التسليم بقدر ما يقوله المشتري ودعوى المشتري في وجوب التسليم بثمن يدعيه وانكاره الزيادة التي يدعيها البائع فدعوى البائع في حكم وانكاره في آخر وكذا انكار المشتري ودعواه كل من ذلك في حكم آخر فيقبل بينتاهما ويميناهما فظهر ان كونه مدعيا في شيء ينافي كونه منكرا فيه وكونه في حكم ينافي كونه مدعيا فيه **قوله** ولا يستحلف عنده في النكاح قيل اذا كان تعلم النكاح ولا بينة لها والزوج ينكر يستحلفه القاضي ان كانت هذه امرأتك فهي طالق حتى باليمين ان كانت امرأته ويحل للازواج ولكن هذا انما يجدي نفعا اذا الزم على الزوج التعليق المذكور عند امر القاضي بذلك اما اذا لم يلزمه فله ان لا يعلق طلاقها على كونه ووجه فلا يحل لاحد

فما

فما وجه الحيلة حينئذ **قوله** والرق قلت الاستحلاف لا يجري في الرق الا في مسئلة واحدة وصورتها انه عسكر المسلمين الى حصين فناداهم قوم من الحصين ان امنونا على ان نفتح لكم الحصين ففعل ذلك بهم ففتحوا الحصين فهم آمنون فان قال واحد من المستأمنين لرجل انه من ... وصدقه الرجل واتهمها الامير واراد ان يحلف الرجل فله ذلك لانه لو اقر انه ليس من اهله لزمه ذلك ويصير فيئا فاذا وقع عند الامير انه ليس من اهله يحلفه رجاء النكول الذي هو اقرار وكان ينبغي ان يستحلف عند ابي حنيفة رحمه الله واليه مال ابو جعفر لان الدعوى في الرق الا يرى انه لو نكل يجعل رقيقا ولا يقبل والاستحلاف لا يجري في الرق عنده والجواب ان الاستحلاف في ساير المواضع لاجل النكول بدل عنده وبدل الرق في ساير المواضع بساير الاسباب لا يصح فكذا بالنكول اما بذل الذات من الحربي المستأمن يصح في الجملة فانه اذا نقض الامان والتحق بدار الحرب يصير فيئا فيصح منه بذل الرقبة بالنكول وصار دعوى الرق هنا كدعوى المال كذا في الذخيرة وفيه نظر لان المرأة لو ارتدت ولحقت بدار الحرب يصح بذلها نفسها ويعمل بهذا البذل على حين يعرف فيئا فكذا البذل بالنكول غير ان البذل بالارتداد واللحوق حرام للمصير والبذل بالنكول مفيد فائدة قطع الخصومة فصار كبذل الطرف فانه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان اعمالا للبذل الا انه حرام لعدم الفائدة وفي البذل بالنكول فائدة رفع الخصومة وايضا يلزم من هذا ان يستحلف الحربي المستأمن اذا ادعي عليه انه غلامه لتمكنه من بذل نفسه بنقض الامان واللحوق بدار الحرب فكذا بالنكول لانه يتمكن من بذل نفسه بنقض الامان وكذا العبد للرق يتمكن من نقض الذمة واللحاق بدار الحرب **قوله** فصورة الاستيلاد خصها بالتصوير لتقطع بشبهة جريان دعوى الاستيلاد من الجانبين **قوله** لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار فكان اقرارا اي حكما نظرا الى الدليل وهو النكول او بدلا عن الاقرار لان المدعي بنفس الدعوى يستحق جوابا يفصل خصومته ولهذا يستحضر المدعا عليه للمحبة وذلك بالاقرار والانكار فاذا اقر انقطعت الخصومة ومتى انكر لم يفصل الا باليمين فاذا نكل عن اليمين يكون هذا بدلا عن الاقرار الذي به يقطع الخصومة فصار النكول بدلا عن الاقرار من هذا الوجه كذا في الكافي واعترض بانه اذا اشترى نصف عبد ثم اشترى نصف الباقي فوجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فرده بنكول البائع ثم خاصمه في النصف الاخر يستحلف عليه البائع ولو كان النكول اقرارا للزمه النصف الاخر بنكوله في النصف الاول كما لو اقر بان الوكيل بالبيع اذا ادعي عليه عيب في المبيع فنكل يلزم الموكل ولو جعل اقرارا للزم الوكيل ولانه اذا قال كفلت لك بما يبقى لك على فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فنكل فقضي بنكوله لا يقضى بالمال على الكفيل ولو كان اقرارا لقضي به عليه واجيب عن الاول بان النكول ليس باقرار في نفسه ولكن يجعل قائما مقام الاقرار لوجوب قطع الخصومة بالاقرار او باليمين وانما يلزمه القطع بقدر الحجة فيقوم النكول مقام الا...

الاقرار بغير الحاجة على الخصوص الا يرى لا يصح الا في مجلس القضا لانه يثبت بحسب حاجة
القاضي اليه اما الاقرار فحجة في نفسه لا لوجوب الخصومة حتى لو اقر في غير مجلس القاضي بخلاف
الخصم نفسه وبهذا خرج الجواب عن الثالث اما عن الثاني فقد سبق في الوكالة قوله النكول
يدل على كونه كاذبا فيما نكل واما لما نكل عن اليمين الصادقة وفيه حصول الثواب باجرا ذكر
الله بطريق التعظيم ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله فعلم انه انما نكل صيانة لنفسه عن
اليمين الكاذبة المهلكة والدلالة يعمل على التصريح دعت اليه ضرورة اولا يرى ان القيام عن المجلس
في عقد البيع جعل اعراضا لكونه دليل الاعراض ولا ضرورة في جعله اعراضا اجيب بان النكول ان
كان دليل الاقرار وان عمل الدلالة لا يختص بمواضع الضرورة الا ان ثبوت الشيء بالنظر الى
الدليل ثبوت من حيث الظاهر وهو لا يكفي للالزام فينبغي ان لا يجعل النكول اقرارا ملزما لكنه
جعل ملزما بالضرورة قطع الخصومة فلا يظهر كونه ملزما فيما وراءه قوله ولابي حنيفة رحمه الله
الخ فان قلت هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من انكر قلنا
خص منه الحدود واللعان فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس كذا في الكافي قلت التخصيص
العام الذي خص عنه البعض انما يجوز بالقياس اذا كان المقيس عليه هو المفرد المخصوص انهما لا
يجتمعان مع الشبهة وهذه الصور يجتمع معها فلا جامع لهذه الصور مع الحدود واللعان فلو خصت
بالقياس لزم التخصيص بالقياس على غير المخصوص وانه غير جائز وجوابه ان القياس كما يطلق على تسوية
الفرع بالاصل في العلة والحكم يطلق على القاعدة المستخرجة من الادلة الشرعية وهو المراد بالقياس
فاما انتساب النكول بدل بالمقدمة الاجماعية المستخرجة من النصوص وهي ان الاجتناب عن نسبة
الانسان الى الكذب والفساد واجب وفي جعل النكول اقرارا نسبة للمدعا عليه الى الكذب
فيما صدر من الانكار فيجعل بدلا احترازا عن ذلك وجب القبول بعدم الاستحلاف فيما لا
يجري فيه البدل وتخصيصه عن عموم قوله عليه السلام واليمين على من انكر اذ التخصيص على
هذه المقدمة كالتخصيص بنص اخر فلا يطلب فيه الجامع بينه وبين فرد المخصوص لان ذلك انما
يجب اذا كان التخصيص بالقياس بمعنى الفرع مع الاصل والعلة جامعة وليس الامر كذلك
قوله واشبه باذلا اولى لئلا يصير كاذبا في الانكار فان قلت نعم ولكن اذا دار بين جعله
على الاقرار والبدل اما اذا لم يمكن جعله على البدل كما في هذه الاشياء يجب ان يجعل على الاقرار
لحاجتنا الى قطع الخصومة اذ قطعها واجب على القاضي ولا يمكنه ذلك الا بجعل النكول اقرارا
عند وجود دليله والنكول دليله والنسبة الى الكذب محذورا لا يجوز وهنا ضرورة اما الامتناع ع
عن قطع الخصومة فغير جائز عند المقدرة اجيب بان قطع الخصومة ان كان واجبا على
القاضي فالامتناع عن حمل حال الشخص على الفساد ايضا واجب فلا ترجيح حتى يقسم احدهما ويترك
الاخر فيتوقف عن القضا بالضرورة قوله والبدل لا يجري في هذه الاشياء قلت البدل لا

لايجري في قتل النفس حتى لو قال اقتلني فقتله لا يهدر دمه بل يجب القصاص في رواية والدية في اخرى
مع انه يستحلف في دعوى القصاص في النفس فحينئذ يستحلف بالاجماع مع انه لا يتحقق هناك بالنكول
بل يحبس عند النكول حتى يحلف او يقر فلو كانت الفائدة للاستحلاف هو القضاء بالنكول لما صح الاستحلاف ن
فيما لا يقضي به وجوابه سيأتيك ان شاء الله تعالى قوله الا ان هذا بدل لدفع الخصومة
يملكه المكاتب جواب انه لو كان بدلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لانهما ليسا من اهل البدل
وقد يقال بان البذل ههنا معناه ترك المنع وترك الخصومة على ما يجيء فلا يرد سؤال المكاتب والمأذون
لانهما ان كانا لا يملكان البذل بمعنى التمليك والاعطاء فانهما يملكان ترك الخصومة وترك المنع فلا يشكل القول
بكون النكول بذلا منهما لكنه جواب عن تقدير التسليم اي لو سلم ان البذل ههنا بمعنى الاعطاء و
التمليك هو بذل يتضمن فائدة مثله جائز منهما كالضيافة اليسيرة وصحة اي صحة الاستحلاف
او صحة القضاء بالنكول في الدين على زعم المدعي قلت ما يتوهم ههنا من الاشكال شيئان احدهما ان
الدين لا يقبل لكونه بذلا وصفا لانه حق الدائن والبذل انما يتصور في حق نفسه والاستحلاف
يجري فيه بالاتفاق والثاني ان النكول لو كان بذلا لكان المدعى عليه متبرعا فلم يعلم خبره على التبرع
اذ الاخبر في التبرعات فكلام المصنف ان جعل جوابا عن الاول كما جعل الشارح فظاهر لانه لا يدفعه
لان زعم المدعي انه يقتضي حقه لا يوجب صحة البذل فيما لا يحتمله وكذا كون البذل بمعنى ترك لا يدفع
ذلك لان تركه يتوقف تصوره والدين لا يتصور منه ولو نظر الى ما يقضي به الدين وانه عين يقبل
المنع فلا حاجة الى جعل البذل بمعنى الاعطاء وان جعل جوابا عن الثاني فلا وجه لتخصيص الدين لان هذا
الاشكال باق في العين ايضا وجعل ذكر الدين اتفاقيا غير ظاهر جدا الا ان يقال انه جواب
عن الاول وتقديره ان النكول في الدين ان كان لا يمكن اعتباره بذلا بمعنى التمليك من الاعطا فقد
يمكن اعتباره بذلا بمعنى ترك الخصومة وترك المنع فيقضي بالنكول فيه باعتبار ان المدعي يزعم
ان حقه ولم ينازعه فيه احد والبذل بمعنى ترك الخصومة وترك المنع يتشبث عن الهوان فيجري في جميع
امر الدين معناه ههنا المنع مقدمة احترس اي صحة القضاء في دعوى الدين النكول بناء على ان
المدعي يزعم ان حقه والمدعى عليه بترك المنع والخصومة والبذل في هذا الباب بمعنى ترك المنع اعم
من ان يكون تمليكا او اعطاء او تركا للخصومة والبذل حتى ترك الخصومة يكفي لصحة القضاء يستحق
رجاء بهذا النوع من البذل ولا يستحلف في النكاح لتعذر البذل لخبر بالمعتبر واما قوله الدين
لا يتصور منه فجوابه ان المراد ترك المنع ههنا كالخصومة والدين فانه يصح فيه ترك الخصومة على ما
لا يخفى قوله والبذل بمعنى بعد ههنا ترك المنع جاز ان يكون دفع شبهة وهو ان الاستحلاف يجري فيما لا
يصح البذل فيه كما في لو كان الدعوى في بعض شايع لا يحتمل البذل والتمليك فاجاب بان البذل
ههنا يجيء في موضع النكول بمعنى ترك المنع لا بمعنى التمليك والهبة حتى لا يجري في الشايع ثم ههنا
بحث ان المدعى عليه الالف اذا صالح على جارية بعد ما نكل عن اليمين فاستولدها المدعي ثم

استحقت يرجع المدعي على المدعى عليه بالالف ويأخذ المستحق من قيمة الولد المغرور و
هذا يدل على ان النكول اقرار اذ لو كان بذلا بمعنى ترك المنع لما رجع قيمة الولد
لان الرجوع بحكم الغرور باعتبار ضمان السلامة اما نصا او في ضمن عقد المعاوضة
فلا نتصور هنا وكذا لا معاوضة في حق المدعى عليه على تقدير ان يكون النكول بذلا بمعنى
ترك المنع اذ الانسان لا يعوض ماله بماله بل يكون المطاء الجارية لدفع خصومته
كما لو صالح عليها على الانكار قبل النكول فان هناك لا يرجع المدعي على المدعى عليه لان المعاوضة
ليست ثابتة في حق المدعى عليه وان كانت المعاوضة في حق المدعي فلم يوجد ضمان السلامة
قوله وامر المال هين فيصح فيه المسامحة ترك المنع وترك الخصومة فاما امر النكاح فخطر لا يصح
فيه المساهلة بذلك فلا يتصور فيه البذل لا بمعنى التمليك والاباحة من الصح لا يحتملهما ولا بمعنى ترك
المنع والخصومة لانه يبتني عن الهوان وامر خطر   وسيحلف السارق يريد اذا رد المسروق
منه المال دون القطع لان المال حقه فامكن القول فيه بالاستحلاف فيستحلف على المال بالله ماله عليك
هذا المال لان المال يثبت بالشهادة وعن محمد انه قال يقول القاضي للمدعي ماذا تريد فان قال
اريد القطع فالقاضي يقول ان لا حلف فيه ليس لك يمين فان قال اريد المال فالقاضي يقول له دع
دعوى السرقة وانبت على دعوى المال كذا في الشرح قوله او كان المسروق قائما واراد المالك
القطع واخذ عين ماله وجب ان يستحلف ولكن عند النكول يقضى بالمال دون القطع واذا كان
هالكا فان اراد تضمين المال فله ان يستحلف وان اراد القطع فلا يمين عليه اذ القطع لا يجتمع
مع الضمان فليس له الا ان يدعي احدهما اما الضمان او القطع اما اخذ عين المال المسروق صحيح مع
القطع فيجوز ان يدعيهما جميعا ويستحلف ولكن عند النكول يقضى برد المال لا بالقطع فالتفرقة بين ما اذا
اراد اخذ المال بما ينافي في صورة هلاك المسروق والمصنف بفعله سيان الضمان والقطع و
ومعلوم انه انما يناط به شيان عند قيام المال اما عند هلاكه فالمنوط به احدهما اما القطع او الضمان
فلا حاجة الى تقييد مسئلة الكتاب بما اذا اراد اخذ المال دون القطع بل لا وجه له قوله
لان المنوط بفعله شيان الضمان الى اخره فان قلت المنوط بفعله اخذ الشيئين لما عرف ان الضمان مع
القطع لا يجتمعان عند ناقلت كانه اراد بالضمان هنا المال المضمون اذ الكلام فيما اذا انكر السرقة
فاحتاج المالك الى اثبات انه سرق منه المال ولا يخفى انه يناط باثبات السرقة شيان المال والقطع
والمال المسروق مال مضمون واما لخروجه عن كونه مضمونا قبيل القطع فيصح تسميته باسم الضمان بمعنى
المضمون قوله سيما اذا كان المقصود وهو المال اي نحو المال والطلاق ان قيل هو شرط في اللزوم للمال
وبقائه مخصوص فيه كيف يعد ما كان على شرف السقوط قلت ثم ثبت المال بالنكول ولا يثبت
النكاح وقد يقال المال انما يجب بالنكاح اذا لم يثبت النكاح المتبوع كيف يثبت المال التابع وعبارة
اخرى ان النكاح يتضمن المال فاذا لم يثبت المضمن كيف ما في ضمنه وهل يمكن ثبوت التضمن بدون

المضمن وبعبارة اخرى ان المتضمن لثبوت المهر انما هو النكاح واذا لم يثبت النكاح بالنكول عن اليمين
استحال ان يثبت ما هو معلوله قوله ان لم النكاح والنسب وان كان متبوعا في الواقع فهو تابع
بالنظر الى مقصود المدعي فان المقصود بالدعوى هو المال دون النكاح والنسب اذ الاسباب
لا يراد لذاتها بل لاحكامها لانه ادعى المال بلا سبب والمال مما يصح بذله فيقبل فيه بالنكول
قلت لان في دعواها الابن يحتمل النسب على الغير قلنا نعم ولكن في ضمن ثبوت نسبه منها بمعنى كونه
مولودا منها فانه لا يثبت ولادتها اياه يثبت انه لصاحب الفراش بالضرورة وكونه ابنا للزوج من الضرورات
كونه مولودا لها وكم من شيء يثبت ضمنا وان كان لا يثبت قصدا الا ان ما اذا اقر انه اخوه اذ الاخوة
من ضرورات كونه ابنا لابيه فيكون تبعا للنبوة فتثبت النبوة اولا ثم الاخوة بناء عليه فيلزم تحمل
النسب على الغير قصدا وانه باطل قوله اذ كان النسب مما يثبت باقراره ثبوتا مثل ثبوت
الاب والابن في حق الرجل مثل نبوة المولى والزوج في حقها فذكر المولى للتشبيه لا للتمثيل
فلا يرد ان ثبوت المولى والزوج ليس من ثبوت النسب في شيء فكيف يصح التمثيل بهما قوله لان
النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت بها القصاص فان قلت لما اقر بطلق القتل من غير ذكر التعمد
يجب القصاص مع انه اقرار فيه شبهة لاحتمال ان يكون خطأ قوله وجوابه قد ذكرنا في باب الشهادة
فعليك به قوله خصوصا اذا كان امتناع القصاص لجهة من عليه فانه اذا كان الامتناع لجهة
من له يجب الدية كما اذا ورث قصاصا على ابنه فان مات اخ رجل لام مثلا وورث قصاصا
على ابنه بيانه ان المانع اذا كان لجهة من له القصاص يكون تاثيره في ابطال الحق اقول لانه بعد عليه
القصاص مع هذا لا يؤثر في اهدار الدم فلان لا يهدر بامتناع القصاص اذا كان لجهة من عليه
اولى في الجان وقال الشارح انما قيد بامتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه في حق وجوب المال
احترازا عن امتناع القصاص بمعنى من جهة من له القصاص فان هناك لا يجب على المدعى عليه شيء لا
القصاص والمال كما اذا اقام مدعي القصاص على ما ادعى رجلا وامرأتين والشهادة على الشهادة فانه
لا يقضى بشيء لان الحجة قامت بالقصاص لكن استيفاء القصاص امتنع والاصل ان المال مشروع اذا اضيف
التعذر الى من عليه اعتبارا بالخطأ واذا اضيف الى الولي بطل معنى المنة فلم يجب المال الى هنا لفظه
وهو تصريح بان امتناع القصاص اذا كان لجهة من له يهدر الدم فيجب لا يجب المال ولا القصاص قلت
انما ما في الشاهان من نظير امتناع القصاص لجهة من له بقوله كما اذا ورث قصاصا على ابنه ففيه نظر
لانا لا نسلم ان امتناع القصاص في هذه الصورة لمعنى من جهة من له بل من جهة من عليه وهي الابوة لان
فضيلة الابوة تمنع ان يكون الولد مستوجبا للعقوبة عليه فالاولى ان يمثل امتناع القصاص لجهة من له
لمسئلة المكاتب التي سنذكره ان شاء الله فاما ذكر الشارح من ان القصاص اذا امتنع لمعنى من جهة من
له القصاص اذا امتنع المعنى من جهة من له القصاص لا يجب شيء فيشكل بما اذا قتل المكاتب وقد ترك
المكاتب وفاء وقد ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص في قولهم جميعا ولكن يجب قيمته على القاتل

لوارثه فعند يجب المال في هذه الصورة مع ان امتناع القصاص لمعنى من جهة من له القصاص وهو اشتباه
كونه مستحقا وذلك ان المكاتب اذا مات عن وفاء ان كان يموت حرا عنده ما بعد ظهر الاختلاف في
الصحابة في موته على صفة الحرية فيورث في كون مستحقه للغير فلا يجب للوارث ولا للمولى وفيما
اذا اقام رجلا وامرأتين لم يثبت ما يدعيه من القصاص لعدم الحجة المثبتة له فذلك من باب
عدم ثبوت القصاص لعدم حجة لا من باب سقوطه بعد تحقق الوجوب لمعنى من جهة من له الحق
ما اذا ابا القتل خطاء اذ القتل موجب للقصاص غير انه امتنع لمكان دعوى الخطاء وانعدام الحجة
على العبد حتى لو اقر بمطلق القتل يقتص وايضا لو كان الامر كما ذكر الشارح لم يكن لقوله خصوصا معنى
لانه يشعر لوجوب المال عند امتناع القصاص لمعنى من جهة من له ايضا على ما لا يخفى ذلك على من له
معرفة باساليب الكلام **قوله** كما اذا اقر بالخطاء والمولى يدعي العمد الحق النكول الذي هو اقرار
وان بالقتل خطاء والمولى يدعي العمد والفارق موجود اذ الموجب للقود هو القتل وانه يتحقق
فيما اذا اقر به خطاء الا ان عذر الخطاء منع عن الاستيفاء فيصار الى الخلف وهو الدية واما في
النكول فلم يوجد فيه الحجة المثبتة للقصاص اذ الموجب له انما هو الحجة الخالية عن الشبهة والنكول
اقرار فيه شبهة فلا يكون حجة مثبتة للقود ولانه لا يثبت بشهادة النساء والشهادة على الشهادة
بل دونه وانه ليس لحجة فيه فهذا اولى ومن شرط المصير الى الدية التي هي خلف القصاص وجود
الحجة على الاصل وانه منتف في النكول كما انه في الشهادة التي فيها شبهة ولهذا لا يجب المال
فكذا في النكول كما هو رأي ابي حنيفة **قوله** لان الطرف لاطراف يسلك بها مسلك الاموال
مشكل لما عرف من حرمة الامتناع لشعر الادمي ولبنه وحرمة بيعهما وحرمة الاستمتاع بالجزء فلو
كان اطراف الادمي كالاموال لما حرم الانتفاع بها وصح بيعها ولبن قيل حرم ذلك للشبهة قلنا
فيجب ان يحرم بذلها ايضا احتياطا في باب الحرمات **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله ان الاطراف الى آخره
قلت فرق بين الطرف والنفس من حيث ان البذل يجري في الاول دون الثاني وهذا مشكل لما تقرر
ان البذل ههنا معناه ترك المنع دون الاباحة او التمليك والنفس لا تقبل الاباحة ولا يجري فيه البذل
بمعنى الاباحة فقد يجري فيه البذل بمعنى ترك المنع والخصومة لان يمنع لان البذل بمعنى ترك المنع
والخصومة ينبني عن الصون وامر النفس خطر لا يجري فيه البذل ايضا اجيب بخلاف الانفس حيث
لا يجري البذل فيها حتى لو قال اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وبالدية في الاخرى لان
مجردة صورة الاباحة يكفي العقوبة وان لم يثبت حقيقة كمسلم دخل دار الحرب بامان فقتله مسلم
آخر ههنا كذلك حيث لا يجب القصاص على القاتل عندنا لان دار الحرب دار اباحة فيورث الشبهة ولكنه
يجب الدية في قول علمائنا الثلاثة **قوله** واليمين حق مستحق فيجب فيه كما في القسامة لان اليمين
حق مقصود لتعظيم امر الدم ولهذا شرعت مكررة في القسامة فاذا نكل فقد امتنع من ايفاء حق مستحق
مقصود وهو مما لا يجري فيه النيابة فيحبس الى ان يحلف او يقر كما في القسامة كذا في الشرح ولهذا قد خرج الجواب

عن ما ذكر

عن ما ذكرنا عند قوله وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول وحاصله ان القضاء بالنكول انما يعني فائدة
الاستحلاف ما لم يكن اليمين حقا مستحقا فيه وفي القصاص اليمين مستحق لتعظيم امر الدم لا لغاء ما عليه و
لكن لقائل ان يقول اليمين هو مستحق للمدعي عند عدم البينة مطلقا لقوله عليه السلام لك عنه احلاف
اليه بلام الملك فكان حقه فيجب من يجبر على ايفاء حقه الحق سياق النكاح بان امر البضع خطير
فيحبس فيه فيحلف او يقر تعظيما للامر كما في القصاص والقياس على القسامة ليس بصحيح اذ الواجب في صورة
القسامة بعد الحلف الدية وههنا بعد اليمين لا يجب شيء **قوله** والجواب ان الاستحلاف ما شرع الا
لفائدتين احدهما فصل الخصومة بالقضاء بالنكول لحمله على البذل او على الاقرار وتعظيم امر الدم
كما في القسامة وفي دعوى القتل عمدا ان لم يوجد الفائدة الاولى لعدم جواز بذل النفوس فقد
وجدت الثانية فيستحلف صونا للدم عن هدره والهوان واما في دعوى النكاح ونحوه
بعد ما كانت الفائدتان كلتاهما اذ لا يتصور فيه البذل حتى يقضي فيه بالنكول ولعل النكاح لا
يستوجب التعظيم القصاصي ليستحلف لاظهار خطره بل النكاح يشتمل لاستفراش حرة مكرمة يكرم الدم
ثم بضع المرأة خطير ولكن خطره لا يظهر بالاستحلاف ولا بالحجة هو ان يترك الاستحلاف وما قلت
ان اليمين حق المدعي في جميع المواضع لقوله عليه السلام لك عينه فيجب ان يحبس المدعى عليه لاستيفاء هذا
الحق فنقول ما شرع لليمين حقا له بالذات بل بالغير وهو قطع الخصومة بالقضاء عليه بالنكول او
تعظيم امر الدم فلا يفيد الاستحلاف مما لا يمكن القضاء بالنكول ولا يحصل تعظيم امر الدم والله اعلم
قوله لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرار به يمنعه عن السفر مشكل لان
المصنف احال بيان كيفية الملازمة الى ما ذكره في كتاب الحجر وقد ذكر في كتاب الحجر بانه لا يمنع
في الملازمة عن السفر حيث قال بعد ما ذكر قوله ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه عن الحبس
يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر وقوله في الملازمة ولا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه
اينما دار كما يشعر به الحوالة الى بيان الملازمة في كتاب الحجر لم يكن فيها منع عن السفر فكيف يتصور قوله
يمنعه عن السفر الا ان يقال انه بالملازمة وان لم يمنعه عن السفر فهو سبب لامتناعه عنه لانه قلما يسافر
مع ملازمة المدعي ودوره معه على ما هو العادة **فصل في اليمين والاستحلاف** **قوله**
واليمين بالله الى آخره قلت روي عنه عليه السلام انه حلف بغير الله في حديث طلحة بن عبد الله حيث قال
افلح وابيه ان صدق في بعض الروايات وفي حديث الصحيح العلوي فذلك ولو في الجوع قلت كلما نرى
من نظيره فالتوفيق بينه وبين الاحاديث الدالة على حرمة اليمين بغير الله تعالى هو المراد به الحلف
على وجه التعظيم للمقسم به او المراد به الحلف على امور هي مظنة التاكيد كذا في حاشية المصابيح نقلا عن
المشكاة **قوله** لما روينا الظاهر انه اشارة الى قوله عليه السلام واليمين على من انكر اذ التعليق ليس
بيمين حقيقة لا الى قوله عليه السلام من كان حالفا الحديث لان الحلف الحقيقي مراد به فيسقط ارادة
الحكمي والتعليق يسمى حلفا مجازا ولانه لو كان المراد به هو المنع عن الحلف ايضا لحرم التعليق الذي

هو يمين حكمي مطلق وانه جائز حتى لو قال ان فعلت كذا فعلي صوم سنة جاز ويخير بين كفارة اليمين
وصوم السنة ثم الاظهر في التمسك به ما روي انه عليه السلام قال ملعون من حلف بالطلاق او حلف
به ويمكن ان يكون اشارة الى قوله من كان حالفا الى آخره ويراد به اليمين بالله وبغيره فانه حلف
شرعا يدل ما ذكرنا من قوله عليه السلام ملعون من حلف بالطلاق والتعليق بالطلاق في مقام
الدعوى حلف محض ليس فيه معنى التعليق لان التعليق انما يكون بامر على خطر الوجود بخلاف قوله ان فعلت
كذا فعلي صوم سنة او عبدي حر فانه جائز لمعنى التعليق لانه تعليق صورة وان كان حلفا معنى
فهو في المعنى حلف بالله لانه لما اكد بالتاكيد صار كانه قال والله لا افعلن فليس فيه يمين
بغير الله بخلاف قوله ان لفلان علي كذا فعبدي حر فانه يمين محض ليس فيه معنى التعليق فيخرج
بالنص قوله الا اذا كان فيه ترك النظر من جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع فان
قلت في التحليف على السبب ضرر بالمدعى عليه لجواز انه اشترى ولا شفعة بان سلم او سكت
عن الطلب قوله القاضي لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما وكان مراعاة جانب المدعي
اولى لان السبب الموجب للحق وهو الشراء اذا ثبت له الحق فسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب
التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض كذا في الشرح وفيه نظر لجواز ان يحلف على الحاصل
بحيث لا يتضرر به واحد منهما بان يحلف ما له هذا قبلك شفعة على قول من يرى الشفعة بالجوار وهكذا
ذكر صورة التحليف في بعض الكتب حيث قال فيه لو ادعى شفعة بالجوار قيل لا يرى الشفعة به فانكر
يحلف ما له هذا قبل شفعة على من يرى الشفعة بالجوار ولا يحلف بالله ما له هذا قبلك شفعة في هذه الدار
لانه يحلف بناء على مذهبه فيفوت حق المدعي انتهى لفظه فظهر ان للقاضي بدا من الحاق الضرر باحدهما
بتحليفه على هذا الطريق ثم لما جاز التحليف على الحاصل بهذا الوجه كان قوله في الكتاب فحينئذ يحلف
على السبب بالاجماع محل تامل ثم قوله والزوج ممن لا يراها وقوله والمشتري ممن لا يراها يشعران بان
الزوج اذا كان ممن يرى النفقة للمبتوتة والمشتري ممن يرى الشفعة بالجوار فحينئذ لا يكون ممن يحلف فيه على
السبب بالاجماع لان التقييد في الروايات ينفي الحكم عما عداه ولكن ينبغي ان يحلف على السبب بالاجماع
وان كان الزوج والمشتري يعتقد النفقة للمبتوتة والشفعة بالجوار لانه لو حلف على الحاصل
ربما يتاول بقول من لا يرى الشفعة بالجوار بان يريد بقوله لا شفعة له فيبني على قول من لا يرى
الشفعة بالجوار فلا حنث في يمينه وذكر في الذخيرة ان القاضي يحلف على السبب نظرا للمدعي
لان الدعوى في الشفعة بسبب الجوار وبين العلماء اختلاف في استحقاق الشفعة فلو حلفناه على
الحاصل فما تاول بقول من لا يرى الشفعة بالجوار فلا حنث في يمينه فيتضرر المدعي هذا كلامه وهو
يحقق ما ذكرنا الا ان يقال من اعتقد الشفعة بالجوار فالشفعة واجبة عليه بالاتفاق اذ الحق في حق
من تقلد مذهبا معينا هو ما ذهب اليه امامه فمن تقلد ابا حنيفة في جميع المجتهدات بان ما قال ابو حنيفة
صواب يحتمل الخطاء وما قاله غيره على خلاف قوله فهو خطاء يحتمل الصواب فالحق في حقه ما ذهب اليه

امامه

امامه والعمل بمذهب امامه واجب عليه بالاجماع فيكون الشفعة بالجوار واجبة عليه على قول من قال لا يرى
الشفعة بالجوار لانه لما تقلد مذهب ابي حنيفة وجب عليه الشفعة بالجوار ايضا لان الحق في حقه في
مذهب امامه الا يرى ان المجتهد الذي ذهب الى الشفعة بالجوار يجب عليه الشفعة بسبب الجوار وان
ذهب الى انه لا شفعة بالجوار ايضا بالاجماع على ان الواجب على كل مجتهد ان يعمل باجتهاده فكذا الحكم
في حق تابعه والمذكور في الذخيرة محمول على ما لم يكن الرجل متقلدا مذهبا معينا او لم يعرف حاله والله اعلم
قوله لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فان قلت قال عليه السلام اليمين على نية
المستحلف قلت معناه انه لا عبرة لتورية الحالف ويمين الشخص على معتقده ليس من التورية فيكون
صادقا وفيه نظر لانه روي عن عقبة قال كنا نأتي ابراهيم وهو خائف من الحجاج وكنا اذا خرجنا من
عنده يقول لنا ان سئلتم عني فاحلفوا بالله ما تدرون اين انا ولا في اي موضع انا واعنوا لكم
لا تدرون اني في اي موضع من الدار في مقدمها او مؤخرها فتكونوا صادقين لان الانسان
اذا كان في داره فالذي في خارج الدار لا يدري انه في اي موضع منها وعن ابراهيم انه قال
في رجل اخذه رجل فقال ان لي معك حقا فقال احلف بالمشي الى بيت الله تعالى فقال له ابراهيم
احلف بالمشي الى بيت الله واعني به مسجد حيك وعن ابراهيم رضي الله عنه ايضا سأله رجل وقال
ان فلانا اقرني ان لي بمكان كذا وكذا وانا اقدر على ذلك فما اصنع قال له ابراهيم قل والله الذي لا اله
الا ان سددني ربي وعن بر ابن سبرة رضي الله عنه قال حذيفة يحلف لعثمان على اشياء بالله
ما قالها ولقد سمعناه قالها فقلت له يا ابا عبد الله سمعناك تحلف لعثمان رضي الله عنه على اشياء ما قلتها
ولقد سمعناك قلتها فقال حذيفة رضي الله عنه اني اشتري ديني بعضه ببعض مخافة ان يذهب
كله قال الشيخ الاجل شمس الائمة الحلواني رحمه الله لم يكن بين عثمان وبين حذيفة رضي الله عنهما جميل
مودة فصل لعثمان ان حذيفة وقع فيه فتسخط عثمان بذلك فاحضر عثمان مرارا فقيل له يحلف
حذيفة على الوجه الذي بيناه وكانه قال يحلف ما قلتها في مكان كذا او في شهر كذا او يعني بالذي
فان ما قد يكون بمعنى الذي وسئل رجل ابراهيم وقال اني اتاني من رجل شيء فسلمته فكيف اعتذر
اليه فقال ابراهيم له قل والله ان الله يعلم ما قلت من ذلك شيئا واعني به الذي فسلم منه ذلكه
انه لا باس بالتورية في الايمان فيحمل الحديث ان الحالف اذا كان ظالما فاليمين على نية المستحلف
المعتمد والشخص على ما اخذه مذهبا ليس بظالم قوله اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا فان
الارث ايضا سبب موضوع للملك شرعا قلت يعني قوله ان الشراء سبب لثبوت الملك وضعا
اي ذلك السبب بسبب اختيار المشتري ومباشرته ولهذا يعلم المشتري بانه لك العين التي اشتراها
ليس ملك البائع لما باشر الشراء باختياره وكذا الموهوب له في قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت
الملك للوارث جبرا من غير اختياره ولا علم له بحال تلك المورث فكذلك يستحلف الوارث بالعلم
والمشتري والموهوب له بالبتات كذا في الشرح وفيه من الضعف ما لا يخفى لان كونه

سببا للملك وضعا لا بد على كونه مما ثبت باختياره حتى يراد به ذلك مالا وجه ان يقال لين الارث
ليس سببا لثبوت الملك للوارث ابتداء بل هو سبب لكونه خليفة للمورث في املاكه بالملك الثابت
للوارث عين ملك المورث حتى يرد بالعيب فكان من قبيل بقاء الملك دون ثبوته ابتداء بخلاف الشراء
والوصية فانهما سببان لثبوت ابتداء وهو المراد بالتعليل المذكور في الكتاب فيتضح به الفرق بين الشراء
والارث وتوضيحه ان ملك المشتري غير ملك بايعه فانه ملك متجدد والمراد عام لحال ما ملكه فيحلف
على الثبات وملك الوارث عين ملك مورثه ليس متجدد في حق الوارث انما هو خليفة المورث
في املاكه ولكن الوارث قام مقامه بعد موته ولا علم لحال ملك غيره فيحلف على علمه دون الثبات
فالشراء سبب لثبوت الملك وموت المورث سبب لقيام الوارث مقامه في ملكه فملك المشتري ملكه
لا ملك بايعه وملك الوارث ملك مورثه لا ملكه فالفارق هو كون الشراء سببا لثبوت الملك و
تجدده وكون الارث سببا لبقاء الملك وكون الوارث خليفة له في املاكه لا لثبوته وتجدده و
اما قوله وضعا فلا تاثير له في الفرق وانما ذكر ليفيد الحكم تاكد وجه يعني لو لم يكن موضوعا لثبوت
الملك لتوجه فيه اليمين على المشتري بالثبات اذا كان مثبتا للملك فلما كان موضوعا له كان اولى بتوجه
اليمين عليه بالثبات او نقول لما كان الشراء سببا لثبوت الملك للمشتري فاقدامه عليه دليل ظاهر
على كونه عالما بالملك للبايع قبل الشراء وللمشتري بعده وعلى انه لا ملك فيه لغيرهما وفي كل ما
ادعى العلم فاليمين فيه على الثبات دون العلم بخلاف الوارث فانه لا دليل فيه على كونه عالما فيحلف
على العلم دون الثبات فعلى هذا قوله وضعا كان مؤثرا في الحكم يعرف بالتامل **باب التحالف**
قوله في البيع بان اختلفا في الثمن او قدر المبيع اما اذا اختلفا في وصف المبيع بان اشترى ابريق
فضة ثم اختلفا عشرة ام عشرين فلا تحالف اذا القدر فيما يفرد التبعيض وصف **قوله** او ادعى
البايع بقدر من المبيع وادعى المشتري الخ قلت ذكر في الذخيرة في اخر كتاب المكاتب كاتب عبدا فقال
العبد كاتبتني على نفسي وعلى مالي على الف درهم وقال السيد كاتبتك على نفسك دون مالك فالقول
للسيد ولا يتحالفان بالاجماع لانهما اختلفا في شيء وعليه واتفقا على البدل ولو اختلفا على هذا
الوجه في باب البيع بان قال البايع بعت منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري لا بل
اشتريت منك هذا العبد وهذه الجارية بالف درهم لا يتحالفان ويكون القول قول البايع مع
يمينه وعلى المشتري البينة هذا كلامه وهذا تصريح بان الاختلاف في قدر المبيع لا يوجب التحالف
وهو خلاف المذكور هنا وخلاف النص الوارد في التحالف فهو محتاج الى مزيد تامل وايضا ذكر في الكافي في
اخر فصل التحالف ادعى رجل على رجل انه باعه هذا العبد بمائة دينار وقال المشتري ما اشتريت الا
نصفه بخمسمائة درهم فالقول للمشتري في النصف الذي انكر المبيع فيه اصلا ويتحالفان في النصف
الآخر فيحلف المشتري في النصفين عينا واحدا بالله ما اشتريته بمائة دينار فان نكل لزمه
البيع بمائة دينار وان حلف لم يثبت البيع في احد النصفين فيحلف بالله ما بعت نصفه بخمسمائة

بان

بان نكل لزمه البيع بخمسمائة فان حلف تحالفا فالقاضي يفسخ البيع بينهما اذا طلبا او طلب احدهما كلامه
هذا كلامه وما ذكرهنا من جريان التحالف عند اختلافهما في قدر المبيع تمسكا باطلاق قوله عليه السلام اذا
اختلف المتبايعان تحالفا وترادا فانه يقتضي ان يجري التحالف بينهما في المسئلة المذكورة في التفصيل
جميعا لانهما اختلفا في قدر المبيع وجنس الثمن عامة الامر ان المنكر بالنظر الى الاختلاف في قدر المبيع هو
المشتري لكن اطلاق النص لا يفرق بين ما اذا كان منكرين او كان منكر احدهما حتى انه يجري التحالف
بينهما اذا اختلفا في قدر الثمن بعد قبض المبيع مع ان المنكر فيه هو المشتري لاطلاق النص خلاف القياس
فكذا اذا اختلفا في قدر المبيع وجنس الثمن كما في المسئلة المذكورة اذ النص باطلاقه يقتضي التحالف
فيه ايضا **قوله** وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس وهذا الخلاف الى حازم القاضي
فاما في رواية اصل المبسوط فلم يشترط في ان التحالف خالف القياس هذا الشرط فقال اذا اختلف
البايع والمشتري في الثمن والسلعة قائمة في يد البايع او المشتري فانهما يتحالفان ويترادان استحسانا
وفي القياس القول قول المشتري لانهما اتفقا على اصل المبيع وادعى البايع الزيادة في الثمن
والمشتري ينكر فالقول قوله مع اليمين ولكنا تركنا القياس للسنة والمروي في الباب
حديثان احدهما حديث ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام قال اذا اختلف المتبايعان والسلعة
قائمة بعينها فالقول ما يقوله البايع ويترادان والثاني حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
قال اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا والحديث مشهور يترك به كل قياس بمقابلته ثم قال ابو
حازم القاضي يقول ان كانت السلعة في يد البايع والتحالف فيه بالقياس لان كل واحد يدعي لنفسه
حقا على ما ذكر فيتحلف كل على دعوى صاحبه قياسا وان كان في يد المشتري فالتحالف فيه على خلاف القياس
لان المشتري لا يدعي لنفسه على البايع شيئا بعد قبضهما كذا في الشرح وقد يقال لو كان التحالف
قبل القبض مخالفا للقياس عند غير القاضي لما جرى التحالف عند غيره في الاجارة وبين الوارثين قياسا
على البيع لامتناع القياس على ما ورد بخلاف القياس وقد اثبتوا التحالف في الاجارة وبين الوارثين منهما
ومن هذا قيل لا خلاف بين رواية المبسوط وما اختاره القاضي في الحقيقة فالقاضي رحمه الله اراد
بالقياس القياس الخفي والمراد بالقياس في رواية المبسوط هو القياس الجلي وجاز ان يكون
مستحسنا بالشيئين بالحديث والقياس الخفي ايضا **قوله** وكان القاضي ابو حازم الى آخره لم يذكره
لبيان المخالفة بل لتحقيق الاتفاق المعنوي ايضا وحاصل ما ذكر في المبسوط ان التحالف قبل القبض
مستحسن بالحديث والقياس الخفي ايضا وبعد القبض مستحسن بالحديث وهذا هو الموافق للاصول
فتامل **قوله** لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا
وترادا **قوله** هذا الحديث من الآحاد وقوله البينة على المدعي واليمين على من انكر من المشاهير فكيف
يجوز تخصيصه به قلنا هذا الحديث ايضا مشهور على ما ذكر في المبسوط فيجوز التخصيص به وبهذا سقط
ايضا رواية ابو هريرة رضي الله عنه وهو غير فقيه والخبر اذا كان مخالفا للقياس كان راويه غير فقيه

المشهور لا يترك بالقياس

يترك بمقابلة القياس ووجه السقوط ان هذا خبر مشهور والمشهور لا يترك بالقياس وان كان راويه
غير فقيه وانما ذلك في الاحاد الا يرى ان الحديث الناسي في الصوم مشهور وقدم على القياس وان كان
راويه ابو هريرة رضي الله عنه وهو غير فقيه على ان في اشتراط فقه الراوي لتقديمه على القياس وفي
كون ابو هريرة غير فقيه كلاما فيما بينهم عرف تمامه في اصول الفقه فان قلت لما صح ان البينة على المدعي
واليمين على من انكر بقوله اذا اختلف المتبايعان الحديث صار ظنيا فلم لا يجوز تخصيصه بما روي
ان النبي عليه السلام قضى بشاهد ويمين قلت التخصيص انما يوجب الظنية لو كان المخصص معقول
المعنى وحديث التحالف معدول به عن القياس فلا يوجب ظنية المخصوص فلا يجوز تخصيصه لحديث
القضاء بشاهد ويمين على ان يحيى ابن معين قد رده فلا يصلح مخصصا قوله حديث التحالف متروك
الظاهر لان ظاهره يقتضي وجوب التحالف مطلق اختلفا في قدر المبيع او قدر الثمن او في الاجل او في
شرط الخيار فكيف يجوز تخصيص المشهور به قلنا متروك الظاهر انما لا يكون حجة اذا بقي مجملا بعد ما ترك
ظاهره والا فهو حجة كما كان الا يرى ان المطلق بعد المقيد يبقى حجة قطعية وان هو متروك الظاهر فان حديث
التحالف مطلق قيد بالبيع فيبقى حجة كما كان قوله لان المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب اولا
بالثمن قلت كونه مما يطالب بالثمن اولا يوجب كونه اسبقهما انكارا ومنه لا توجب شدته فلو قال
لان المشتري اسبقهما انكارا لكان اولى قوله والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت
على ذلك اي للنفي وقد يشكل على هذا ما ذكر في الكافي في اول الشهادات من قوله وكذا في رد
المبيع اذا اشتراها بشرط انها بكر وان يبين انها ثيب لحلف بحلف البايع لتنظيم نكوله الى قولهن
والعيب يثبت بقولهن فيحلف البايع انها لبكر كما تقول ان كان قبل القبض وان كان بعد القبض
بالله وهي بكر هذا كلامه الا ان يقال رعاية صورته انتفى من اداب الاستحلاف فلو اكتفى بما يتضمن النفي
من الاثبات لم يكن به بأس لانه قد اتى بما هو المستحق الا ان ترك الادب قوله فسخ القاضي
العقد بينهما يعني ان طلبا او طلب احدهما بخلاف اللعان فان القاضي يفرق بينهما طلبا منه او
لم يطلبا والفرق ان اللعان ثبت حرمة المحل والحرمة حق الشرع فلا يحتاج الى طلب احد كذا
في الحاشية قلت انما شرط هنا طلب احدهما لان البيع وان فسد بالتحالف فهو يحتمل ان يعود صحيحا
بالاصطلاح على امر وربما لا يرضى المتعاقدان بالفسخ فيشترط طلب احدهما لينقطع رجاء الاصطلاح
وكما يجوز رفع الفساد في البيع بالاصطلاح هنا يجوز للزوج بعد اللعان ان يكذب نفسه
فيرتفع الحرمة بالكذب فينبغي ان يتوقف الحكم بوقوع الفرقة بينهما على طلبه لينقطع رجاء الاكذاب
الا يرى ان النبي عليه السلام امر العجلاني بالامساك بعد اللعان حيث قال امسكها ومعناه والله
اعلم امسكها باكذاب نفسك الا ان يقال اكذاب النفس بعد اللعان بعيد في العادة اما الاصطلاح
فكثيرا ما يوجد في البياعات والترتيب بعده لكن ظاهر قوله وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس
التحالف وهو الصحيح وقيل ينفسخ بنفس التحالف كذا في الكافي قلت العقد بعد التحالف

ينبغي فاسدا

ينبغي فاسدا اما للجهالة او لعدم البدل كما سيأتيك التصريح به وفساد البيع لا يوجب انفساخه بل لا بد
من الفسخ فالقول بانفساخ العقد بنفس التحالف ليس بصحيح سيما اذا اريد بالتراد في قوله اذا اختلف
المتبايعان تحالفا وترادا التفاسخ ليتناول بعد القبض وقبله لانه اشارة ظاهرة في ان التحالف
لا يوجب الانفساخ قوله فيبقى بيع مجهول ان كان هذا تعليلا لصورة الاختلاف في قدر
المبيع كان قوله فيبقى بيع مجهول على الظاهر وان كان تعليلا لصورة الاختلاف في قدر الثمن
فقوله بيع مجهول مأول بمعناه فيبقى بيعا بثمن مجهول والظاهر انه تعليل للصورتين اي يبقى بيعا
متعلقا بامر مجهول سواء كان ذلك الامر ثمنا او مبيعا قوله فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة فيشكل
اذ الجهالة المبيع او الثمن لا يحوج الى فسخ القاضي كما في ساير الجهالة فكان المنظور بالترتيب انما هو
الفسخ اما ذكر القاضي وقد وقع اتفاقا او يقال اشار الى ان فساد البيع اما للجهالة البدل او عدمه
اما الجهالة فلان حلف كل واحد منهما يوجب الاشتباه في مدعى كل منهما صار ما ادعاه كل واحد عنه كالعدم
واما عدم البدل فلان كلام كل منهما لما سقط عند القاضي بالتعارض صار كانهما سكتا عن ذكر البدل والسكوت عن ذكره
يوجب الفساد قوله فيبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ فان قلت في البيع الفاسد لا يحتاج
الى فسخ القاضي كما في ساير البيوع الفاسدة قلت انما يستبدان بالفسخ في ساير البيوع الفاسدة لظهور
الفساد هناك اي في حقهما فيؤمران بالفسخ فيتمكن كل احد منه بانفراده ضرورة ان اقامة الواجب لا يوجب
تمكن الا بالتمكن منه واما هنا فالفاسد غير ظاهر في حقهما لان الفساد هنا باعتبار عدم البدل او جهالته
والبدل ثابت متعين في حقهما لان كل منهما يدعي بيعا صحيحا ببدل متعين فلا يثبت في حقهما الفساد
فلا يؤمران بالفسخ فلا يستبدان به بل يصيران حتى يصطلحا على شيء او يرفع الامر الى القاضي فيفسخ
بطلبهما وبهذا يندفع ما يقال لما كان البيع فاسدا ينبغي ان لا يحل للمشتري وطئ الجارية المشتراة بعد
التحالف والمسئلة بخلافه وهذا لان الفساد لما لم يكن ظاهرا في حقهما لا يثبت الحرمة للمشتري على
ان الامام الحلواني رحمه الله قال في البيع الفاسد لا يحرم الوطئ ولكنه يكره قوله لو كان البيع فاسدا
لكان ينبغي ان يتوقف الفسخ هنا الى طلبهما او طلب احدهما اذ الفسخ في الفاسد من البيع حق الشرع
لا حقهما فلا يحتاج الى طلبهما او طلب احدهما قلت انما يتوقف لان هذا البيع يحتمل الصحة بان اصطلحا
على شيء فلو فسخ بغير الطلب لتضرر به المتعاقدان لانهما ربما لا يرضيان بالفسخ اما اذا طلبا او طلب
احدهما الفسخ فقد يرتفع احتمال الصحة بالاصطلاح فينفسخ وفرق اخر بين صورة التحالف وساير
البيوع الفاسدة ان الواجب في ساير البيوع انما هو فسخ العقد على كل واحد من المتعاقدين
فيتفرد كل منهما بالفسخ اذ الامر يقتضي تمكن المأمور بما امر به والواجب في صورة التحالف هو التفاسخ
اذ المراد بالتراد والله اعلم التفاسخ اذ لا يراد قبل قبض المبيع او الثمن والحديث مطلق فان تراضيا
عليه وان امتنع احدهما ينوب القاضي منابه دفعا للظلم عن الآخر فعلى هذا اشتراط قضاء القاضي
من مقتضيات النص لا زيادة على النص بالرأي والله اعلم وفي الحاشية قوله البيع لا بدل

يكون باطلا وليس بفاسد وههنا قال انه فاسد قلت سلمنا ان البيع بلا بدل باطل لكنه ابتداء اما بقاء
فاسد او ههنا حالة البقاء بدليل قوله بقي بيعا بلا بدل انتهى لفظها قوله لان البيع انما يبطل
باعتبار عدم الاهلية او المحلية ولا سبيل ههنا الى البطلان باعتبار عدم الاهلية فتعين
بطلانه لعدم المحلية وما يرجع اليها فالابتداء والبقاء فيه سواء كما في الشيوع يمنع ابتداء الرهن
لعدم كون الشائع محلا للرهن فكذا يمنع بقاءه وكالمحرمية في باب النكاح كما تمنع الابتداء تمنع البقاء
ايضا فلما كان بطلان البيع بلا بدل باعتبار عدم المحلية ينبغي ان يستوي فيه الابتداء والبقاء فالاولى
ان يقال ان المراد بقوله بلا بدل بلا ذكر بدل وسكوتهما عنه وقد ذكر المصنف رحمه الله في كتاب الوصايا
قبيل فصل في اعتبار حالة الوصية ان البيع بدون ذكر الثمن فاسد وليس بباطل حيث قال لكن الثمن
في البيع تابع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا وفي [illegible] انه باع بغير ثمن هل ينعقد
فيه روايتان واجمعوا انه اذا سكت عن ذكر الثمن ينعقد وههنا لما لم يثبت البدل بالاختلاف صار
كانهما سكتا عن ذكر الثمن فينبغي ان ينعقد على وجه الفساد ثم يشكل بانه اذا بقي بلا بدل عند
الاختلاف في الثمن لزم ان يبقى بلا مبيع عند الاختلاف في قدر المبيع والبيع بلا ثمن ان كان كذا
فهو بلا مبيع باطل وايضا الاختلاف ههنا ما وقع في نفس الثمن حتى لا يثبت بالتعارض وجوده
فيبقى بيعا بلا بدل بل الاختلاف ههنا في قدر الثمن غاية الامر انه لا تثبت الزيادة بالتعارض
اما الاصل الذي لا تعارض فيه فلا منع من ثبوته نعم يتاتى هذا التعليل فيما وقع الاختلاف في جنس
الثمن فالتحمل عليه وفيه الكوكب او في استيفاء بعض الثمن لا وجه للتخصيص ببعض الثمن بالذكر والحكم
عند اختلاف المتعاقدين في استيفاء كل الثمن كذلك اذ القول فيه قول البائع مع يمينه لانه منكر للاستيفاء
قوله الا يرى ان الثمن موجود بعد مضيه فان قلت الوصف لا يجب ان يكون لازما للموصوف
بحيث لا يتحقق الموصوف الا مع الوصف وان كان الوصف لا يتحقق الا مع الموصوف فوجود
الثمن بعد مضي الاجل وزواله لا يوجب عدم كون الاجل وصفا الا ترى ان الجودة والرداءة
من اوصاف الثمن مع ان الثمن قد يكون بلا جودة او بلا رداءة فعلم ان الوصف لا يلزم ان يكون
مع الموصوف ابدا قلت المراد بوجود الثمن بعد مضي الاجل بقاؤه واجبا في الذمة بعد حلول
الاجل وان الواجب بصفة لا يبقى واجبا الا بتلك الصفة والثمن يبقى واجبا بالمؤجل يبقى
واجبا بعد مضي الاجل فلو كان الاجل من اوصاف الثمن لم يبق واجبا بعد مضيه اذ الواجب بصفة
لا يبقى الا بتلك الصفة فعلم ان الاجل ليس من اوصاف الثمن اجيب بقال عن حال وثمن مؤجل
الثمن بالحلول والتاجيل قوله بانهما من الصفات الاعتبارية دون الحقيقية التي تجب الثمن في
الذمة معها وتؤخذ المكلف اذ الثمن مع تلك الصفات حتى تحقق الواجب بوجودها وعرفها قوله
والقول قول من ينكر الخيار والاجل وفرق بين هذا وبين الاجل في باب السلم بان هناك القول
قول من يدعي الاجل عند ابي حنيفة رحمه الله وههنا القول لمن انكر الاجل بان الاجل هناك من شرائط صحة

العقد

العقد واقراره بالعقد اقرار به وبما هو من شرائطه فاذا انكر الاجل بعد ذلك فقد رجع عن الاقرار
بعد ما اقر به فلا يصدق اما ههنا فالاجل ليس من شرائط العقد ولا من مقتضياته لان مقتضى العقد
ايجاب الثمن والمعقود عليه في المجلس فالمشتري يدعي عليه التاخير وهو ينكر فكان القول للمنكر كذا
في الشرح وفيه نظر لان الاجل في السلم ليس بشرط اتفاقا فالشافعي رحمه الله جوز السلم الحال والقوم لا علم
لهم بابطال سببية الاجتهاد به بها فلا يكون الاقرار بالسلم اقرارا بوجود الاجل على ان البينة في السلم تقبل
له من منكر الاجل ولو كان انكاره الاجل بعد الاقرار به لكان متناقضا والبينة والدعوى المتناقضة
باطلة قلت وانه يفيد دفع زيادة الثمن اي ان التحالف يفيد اعطاء المشتري زيادة الثمن التي
يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف وهذا جواب ما يقال ما فائدة التحليف على قول محمد رحمه الله
بعد الهلاك مع عدم فسخه فان الحكم التحالف انما هو الفسخ وامتنع الرد بالهلاك فلا فائدة في التحالف كذا في الشرح
وفيه نوع تامل لان محمدا رحمه الله يقول بفائدة التحالف وهو الفسخ صرح به المصنف رحمه الله قبل هذا فقال
وقال محمد رحمه الله يتحالفان وينفسخ العقد على قيمة الهالك فاذا كان فائدة التحالف وهو الفسخ ثابتا
عنده لم يكن لهذا السؤال معنى وكذا لا يصلح على هذا المعنى فان قلت فيما بعد وانما يراعى من الفائدة ما
يوجبه العقد جوابا عن قوله وانه يفيد الخ يعرف بالتامل فالظاهر ان الضمير في قوله وانه راجع الى ما يدعيه
المشتري من العقد والمراد بالدفع هو دفع المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه عن نفسه ويكون
هذا جوابا عما يستدل به من قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه لا يتاتى بالاختلاف في السبب بعد حصول
المقصود يعني ان ما يدعيه المشتري من العقد غير مفيد لحصول مقصوده له ولا معتبر بالسبب بعد حصول المقصود
اذ لا فائدة فيه فاجاب عنه بان في دعواه فائدة وهو دفع زيادة الثمن عن نفسه ثم اجاب عن هذا توجيه
الشيخين بقوله انما يراعى يعني ان الفائدة التي ذكر وانه دفع زيادة الثمن عن نفسه ليس من موجبات ما يدعيه
المشتري من العقد بل هو من موجبات التحالف وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد فلا يعتبر دعوى العقد في
فائدة توجيه فصار دعواه كعدمه فلم يعتبر الدعوى الا من قبل البائع ولئن كان الضمير في قوله وانه للتحالف
فالظاهر ان هذا بيان فائدة التحالف على تقدير النكول بعد ما اشار الى فائدته على تقدير الحلف اي
ان احلفا فائدته الفسخ وان نكل احدهما ففائدته دفع زيادة الثمن عن المشتري لو نكل البائع ودفع زيادة [illegible] على
المشتري الى البائع لو نكل المشتري لانه جواب عما زعم الشارح قوله كما اذا اختلفا في جنس الثمن وذكر في
الجامع الكبير حصل اختلافهما في جنس الثمن بعد هلاك السلعة على الاختلاف ايضا قلنا ان يمنع قوله
ولانه لا يتاتى بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وفيه نظر اما اولا فلانه لو ادعى احدهما الهبة
والاخر البيع يتحالفا مع انه اختلاف في السبب بعد حصول المقصود واما ثانيا فلان المقصود من البيع شيئان
سلامة المبيع للمشتري وسلامة الثمن للبائع والثمن بتمامه لم يسلم له على زعمه فلا يكون المقصود بالنفس
السبب حاصلا من كل وجه بخلاف ما اقر بفلان بالف من ثمن عبد فقال المقر له لا بل غصب اذ مقصود كل هو
وجوب الالف وهو حاصل من كل وجه فلا يبالي بالاختلاف في السبب هناك واما ثالثا فلان هذا الوجه

يشترط ان لا يجب التحالف حال قيام السلعة ايضا لحصول المقصود وهو امارة انها كان الحديث قد روي
مطلقا من غير قيد قيام السلعة فينبغي ان يجري التحالف حالة الهلاك ايضا عملا باطلاقه واما عن الثاني فلان
البينة مقبولة من المشتري لو كان لا يبالي بدعواه لمجرد السبب لما قبلت والجواب اما عن الاول
فلان الاختلاف في السبب انما يبالي به ان لو اتحد حكمهما فحينئذ لا يبالي بذلك صرح به المصنف رحمه الله
في الجنايات ولا نسلم ان حكم الهبة مغاير لحكم البيع لان الثابت بها يحتمل الرجوع ويتوقف على القبض
بخلاف الثابت بالبيع فلا يكون ذكرها لغوا فيبالي بالاختلاف فيجري التحالف واما عن الثاني
فلان حصول المقصود من البيع في حق المشتري يكفي لعدم جريان التحالف لان المقصود لما كان
في حقه يكون ذكر السبب بالنظر اليه لغوا فلا يكون البايع في حقه منكرا للبيع بالف فلا يجب عليه اليمين
للمشتري فاذا لم يجب اليمين على البايع حصل المدعى واما عن الثالث فلان التحالف حال قيام السلعة
ثابت بالنص على خلاف القياس واما عن الرابع فقد ذكروا عنه جوابين احدهما وهو الاصح ان في
لفظ الحديث المطلق ما يدل على قيام السلعة وهو لفظ التراد لانه ان كان المراد رد المبيع فهو رد
حقيقة فظاهر انه لا يتاتى الا عند قيام السلعة وان كان المراد رد العقد وفسخه فكذلك
لان الفسخ يستدعي قيام العقد وذلك بقيام المعقود عليه وثانيهما ان المطلق والمقيد اذا وردا
في حكم واحد في حادثة واحدة فالمطلق يحمل على المقيد وفيه نظر لما عرف ان المطلق والمقيد اذا
وردا في السبب لا في الحكم وبه صرح المحققون من ائمة الاصول وهو الحق فلا يحمل المطلق فيه على
المقيد اذ لا مزاحمة في الاسباب لجواز ان يثبت الحكم الواحد بعلل شتى ولا يخفى ان النصين وردا
في السبب لا في الحكم وبه صرح المحققون من ائمة الاصول وهو الحق فلا يحمل المطلق فيه
على المقيد نعم ذكر في الاعتبار انه اذا كان في احد الخبرين زيادة فان كان الراوي واحدا توقف
بالحديث الزيادة كما في الخبر روي في التحالف وهو رواية ابن مسعود رحمه الله واما عن الخامس
فقد قيل ان المشتري مدعي صورة والدعوى صورية يكفي لقبول البينة الا يرى ان المودع اذا
ادعى رد الوديعة يقبل بينته وان لا يتوجه بدعواه اليمين على خصمه اعتبارا للمعنى اذ المنكر معنى
هو المودع لانه ينكر الضمان والمودع يدعيه وفيه نظر لان صورة الدعوى وان كانت يكتفى لقبول البينة
لكن اذا كانت معتبرة مفيدة ودعوى مجرد السبب على ما ذكر غير معتبر لعدم الفائدة التي هي من
موجبات السبب فينبغي ان لا يترتب عليه البينة وسياتيك في باب ما يدعيه الرجلان التصريح
بان القضاء لمجرد السبب من غير التقييد بحكمه باطل من حيث انه غير مقصود فالاولى ان يقال ان دعوى
المشتري لما كان مفيدا لرفع زيادة الثمن عنه اعتبرت لقبول البينة ولما لم يكن تلك الفائدة منوطة
العقد لم تصلح يعتبر للتحالف عملا بالاعتبارين ولم ينعكس لان محال البينة اوسع قوله
واما يراعي من الفائدة ما يوجبه العقد يشكل بما اذا باع عبدا فقتله رجل قبل التسليم الى المشتري
عمدا فان البيع يبقى لما فيه من فائدة استيفاء القصاص مع القطع بان القصاص ليس من موجبات

عند البيع

عقد البيع بل من جانب من قبل من له ولاية الا ان يقال القصاص بدل المحل والبدل حكم المبدل فكان
استيفاء القصاص كقبض المبيع وفائدة قبضه مع ثبات العقد قوله وان هلك احد العبدين اي
بعد قبضهما المشتري لانه ذكر في الجامع الصغير لقاضي خان رجل اشترى عبدين ومات احدهما ثم
اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه ثم قال بعد هذا في حجة محمد رحمه الله بانه يتحالفان
عليهما بقوله ولهذا لو هلك احدهما قبل القبض يتحالفان بالاجماع كذا في الشرح فان قلت
لو كان التحالف قبل القبض عند هلاك احد العبدين بالاجماع لا يشكل على الوجه الثاني من الوجهين
المذكورين في الكتاب عند ابي حنيفة رحمه الله اعني قوله ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار
حصته فلا بد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز وجه الاشكال
ظاهر لان هذا الوجه يقتضي ان لا يجوز التحالف عند هلاك بعض المبيع قبل القبض وبعده لانه يؤدي
الى التحالف مع الجهل في الفصلين على ما يخفى قوله لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله فان قلت الفرق
له رحمه الله وبين هذه المسئلة ومسئلة الاجارة فيما اذا انقضى بعض العمل في الثوب في اختلفا في
مقدار الاجرة في حصة ما اقام من العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي يتحالفان بالاجماع
واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك احد العبدين من حيث ان بالهلاك والاستيفاء لا يبقى التحالف ثم في
هلاك بعض المبيع لا يبقى التحالف عنده وفي استيفاء بعض المنفعة يبقى التحالف في حق ما لم يستوف قوله
الفرق بينهما من حيث ان عقد المبيع في العبدين واحد فاذا تعذر فسخه في البعض تعذر في الباقي والاجارة عقود
متجددة فيتعذر الفسخ في البعض لا يتعذر في الباقي كذا ذكر في المبسوط كذا في الشرح وهذا الفرق
مذكور في المتن في مسئلة الاختلاف في الاجارة قوله وقال ابو يوسف رحمه الله يتحالفان في الحي ظاهره
يوافق ما ذكره البعض من انهما يتحالفان في القائم لحصته من الثمن وفي الهالك ولكن الصحيح
ان يتحالفا فيهما جميعا على ما سياتيك في الكتاب انشاء الله تعالى قوله والقول قول المشتري في قيمة الهالك
هذا معدول به عن ظاهره والمراد القول قول المشتري في حصة الهالك اي يؤخذ حصة الهالك
من الثمن الذي يدعيه المشتري دون البايع وانما عدل عن الظاهر لما ياتي في تخريج قول ابي يوسف رحمه الله
انهما اذا اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبايع قوله ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على
حصته من الثمن فان قلت لم لا يجوز ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البايع والبايع بالله
ما بعتهما بما يدعيه المشتري فان اختلفا بعد نقض البيع في القائم وسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة
الهالك بما يدعيه من الثمن فلا يلزم التحليف مع الجهل انما يلزم ذلك لو حلف كل واحد منهما بعد تقسيم الثمن
عليهما اجيب بانه لو حلف قبل تقسيم كل من الثمن لزم التحالف على الهالك ايضا وانه من حيث انه لا يقبل حكم
حكم التحالف ليس بمحل له فلا بد من تقسيم الثمن عليهما حيث يحلفان في القائم هالك بالاجماع على ما ذكرنا ثم
ويمكن التحالف بعد التقسيم فيتعين التحالف على اليمين كما قيل ولكنه يستلزم التحالف على الهالك ايضا
وانه ليس بمحل له فالاولى ان يحلف المشتري بالله ما اشترى القائم على ان يبقى بيعا بعد هلاك صاحبه بما يحصه

من الثمن عند القسمة على قدر قيمتهما ويحلف البايع بالله ما باعت القائم على ما يقول مشتريا بعد هلاك صاحبه
بما يخصه من الالف فلا يلزم الالفين الف مع الجهل ولا يحق الهالك فكان التفصيل عليه نحو الكتبة الى الاولى
الرد بيه على من يقول بالتحالف على قول ابي يوسف رحمه الله في القائم بعد تقسيم الثمن وتعيين حصته سيئي ماله
اعلم قوله الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك اصلا اي يخرج الهالك عن العقد ويجعل القائم كل المعقود عليه
وهذا اشارة الى ان الزيادة والحط في الثمن والمبيع يلتحقان باصل العقد لانهما يغيران العقد
من وصف مشروع الى وصف مشروع وهما ولاية الرفع والاولى ان يكون لهما ولاية التغيير ان الحط عن المبيع لا
يصح يصح عند قيام المحطوط يصح عند هلاكه ايضا اذ الاخراج عن العقد لا يحتاج الى قيام المعقود عليه
واما المحتاج اليه اذا خالف في العقد والزيادة فيه فاذا اتفقا على اخراج الهالك عن العقد صار الثمن كله
بمقابلة القائم فلا يجوز للمشتري ان يحلف ما اشترى القائم بما يدعيه البايع وان كان قد اشتراها به اذا جعلا
وتقاسخا العقد لم يبق للبايع سوى القائم وهذا ليس بقوي لان تغيير العقد بالحط عن المبيع او بالزيادة دة
فيه او بالحط عن الثمن او الزيادة فيه يتوقف على التراضي وقد نص في الكتاب رضاء البايع بالذكر ولم يذكر
رضاها اللهم الا ان يقال ان رضا المشتري ان شاء شرط ومعناه والله اعلم الا ان يرضى البايع ان
يخرج الهالك عن العقد وساعده المشتري على ذلك لكنه لم يذكر رضاه واكتفى بذكر رضا البايع
لان ضرر البايع في الحط عن المبيع هلاكا اشد لعدمه بعد القبض باخراج الهالك عن العقد ظاهر قوله
وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا
يعني ان المراد بالمذكور في الكتاب من قوله الا ان يرضى البايع الخ ومعناه الا ان شاء البايع ان يأخذ
الحي بعد التحالف ولا شيء له من ثمن الهالك يعني يرضى باخراج الهالك عن البيع ويجعل كل الثمن بمقابلة
الحي حتى يأخذ بعد التحالف شاء الا انه التحالف الحي فكانه لو كان المبيع هو الحي من الابتداء ويحتمل ان يكون معناه
الا ان يأخذ البايع الحي صلحا من جميع ما يدعيه على المشتري من الزيادة والاصل فحينئذ لا تحالف ولا يمين على
المشتري وعلى هذا ينصرف الاستثناء الى اليمين والاول هو الظاهر لان ضمير قوله فالقول يرجع في الظاهر الى
المشايخ الذين زعموا ان الاستثناء ينصرف الى التحالف قوله وقال بعض المشايخ رحمهم الله يأخذ من ثمن الهالك
بقدر ما اقر به المشتري وانما لا يأخذ الزيادة اي عدم الاخذ منحصر على الزيادة لا بعدها يعني القول
بقول المشتري مع يمينه الا ان شاء البايع ان يأخذ الحي صلحا على الزيادة التي يدعيها على المشتري في
الهالك يأخذ بقول المشتري فحينئذ لا يمين على المشتري قوله وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين
المشتري لا الى التحالف يعني انهما لا يتحالفان ويكون القول قول المشتري مع يمينه الا ان رضي البايع
ان يأخذ الحي ولا خاصمه في الهالك فحينئذ لا يحلف المشتري لان المشتري انما يحلف اذا كان ينكر ما
يدعيه البايع فاذا اخذ البايع الحي صلحا عن جميع ما ادعاه على المشتري سقط دعوى البايع فلا
حاجة الى تحليف المشتري كذا في الكافي يقال هذا الا يعوي اذ الصلح لا يتم برضا البايع بل لا بد من
رضى المشتري ايضا فلو كان المراد اخذ الحي صلحا عما يدعي على المشتري لذكر رضاهما اللهم

على حذف

على حذف المعطوف اي الا ان شاء البايع ان يأخذ الحي صلحا وساعده المشتري عليه فحينئذ لا يمين على المشتري
قوله لانه لما اخذ البايع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري قوله لو اخذ البايع بقول
المشتري وصدقه فيما يقول لم يجز له اخذ الحي صلحا عما يدعيه لان تصديق المشتري اعتراف
انه لا شيء له قبل المشتري من الزيادة التي يدعيها عليه ولم يجز له ان يأخذ بدل الزيادة الحي الذي
هو خالص ملك المشتري صلحا الا ان اول قوله لما اخذ البايع بقول المشتري فقد صدقه بان المراد
الا اخذ بقول المشتري ترك الخصومة معه وبالتصديق جعله في حكم المصدق اي لما ترك الخصومة فكانه صدقه ومن
لان ترك الخصومة والتصديق يتلازمان ثلث والصحيح ان يحلف المشتري وفي الكافي وفرع على
على قول ابي يوسف رحمه الله عند التنصيص ان يتحالفا على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف
للفسخ والفسخ يرد على الهالك وهذا لا يخفى بقوي لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم
بالالف يكون صادقا لان من اشترى شيئين بالف ودرهم ثم حلف بالله ما اشترى احدهما بالالف كان صادقا
فلا يمنع المشتري عن الحالف عن القائم بهذا التأويل فيما يفيد التحالف هذا كلامه وله نوع بنا فرع
مامر في البيع الفاسد من قوله لو اشترى امة بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البايع قبل نقد الثمن
بخمسمائة صح الشراء في التي لم يشترها من البايع لانه لا مفسد فيها وبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل
بعض الثمن امة لم يشترها منه مكان مشتريا للاخرى باقل مما باع ضرورة وهو فاسد عندنا خلافا لقط
ووجه البناء فظاهر لانه انما يكون صادقا في حلفه ما اشترى احدهما بالف اذا اشترى شيئين بالفي
درهم وقيمتها سواء اذا لم يكن الشراء شيئين بالفين مشتريا احدهما بالف عند استواء قيمتهما و
لا يلزم في مسألة الجاريتين شراء المشتراة باقل مما بيعت لانه اشتراهما بخمسمائة فلم يكن مشتريا لاحدهما
بحصته عند تقسيم الثمن على قيمتهما الا ان يقال سمى الاثمان على العرف والمشتري للشيئين بالفين لا يكون
مشتريا احدهما بالف عند استواء قيمتهما ولكن لا يقال في العرف انه اشترى احدهما بالف وفي شراء ما باع
باقل مما باع المعتبر الحقيقة وبالنظر الى الحقيقة انه مشتري احدهما بما يخصه من الثمن والله اعلم قوله ويلزم المشتري
حصة الهالك اي ما يخصه مما اقر به المشتري اذا كان مأخوذا عنده في الهالك بقول المشتري مع يمينه
قلت ويعتبر قيمتها في الانقسام يوم القبض وقد يقال يجب ان يعتبر قيمتها يوم العقد اذ القيمة انما
يعتبر هنا لانقسام الثمن لا للتضمين والموجب للانقسام هنا هو العقد دون القبض فيجب ان يعتبر قيمته
العقد الا ان يقال الموجب للانقسام ان كان هو العقد ولكن تمام العقد بالقبض فيعتبر قيمته يوم القبض
لانه يوم تمام العقد ثم شكل الفرق بينه وبين ما اذا اشترى سلعة بالفلوس او بعالي الغش
ثم كسدت الفلوس وترك الناس المعاملة بها فعليه قيمتها عند ابي يوسف رحمه الله يوم البيع
لانه مضمون به وقد مر تفصيله عند كساد الفلوس قيمتها يوم البيع دون القبض وهنا اعتبار
للانقسام قيمته يوم قبض المبيع دون البيع وما ذكر من ان البيع وان كان ينعقد بالايجاب والقبول
فهو انما يتم بالقبض فيعتبر قيمته يوم التمام يقتضي ان يجب قيمة الفلوس التي كسدت بعد الشراء بها

يوم قبض المبيع لانه يوم تمام العقد فاعتبار نفس الاعتبار قيمة الفلوس وتمامه لاعتبار قيمة المبيع عند قيمة
الثمن يحتاج الى مزيد تامل قوله وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع فان قلت
القول للقابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بحال المقبوض والقابض هنا المشتري فيجب ان يكون
القول له اجيب بان القول انما يكون للقابض في قيمة الهالك ان لو كان المقصود هو القيمة والمقصود
هنا دعوى زيادة السقوط فالمشتري يدعيه والبائع ينكر فيكون القول للمنكر قوله لانه اكثر اثباتا
ظاهرا وانما قال ظاهرا لان بينة المشتري ايضا اكثر اثباتا لانها تثبت زيادة السقوط الا انها تثبت الزيادة
في المعنى وفي الكافي فان قيل المشتري بدعواه يدعي زيادة قيمة القائم فوجب ان يقبل بينته لاثباته الزيادة
قلنا الذي وقع الاختلاف فيه قصدا قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم يثبت ضمنا للاختلاف في
قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم يثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك فبينة البائع قامت
على دفع الاختلاف فيه قصدا قوله ذكر الشيخ رحمه الله تبديل هذا الاختلاف بقوله وان اختلفا
في قيمة الهالك يوم القبض فقال المشتري قيمته وقت كانت خمسمائة وقيمة القائم الفا وقال البائع على
عكسه هذا اللفظ بعد ذكر الاختلاف في قيمة الهالك والقائم جميعا فجعل المشتري مدعيا الزيادة في قيمة
القائم والنقصان في الهالك والبائع على عكسه وهذا لا ينبئ عن كون الاختلاف في الهالك قصدا
والبائع في القائم ضمنا كيف والمقصود انما هو قسمة الثمن الذي يدعيه المشتري على القائم والهالك
جميعا ولا يخفى ان القسمة يتوقف على التعرض بقيمتهما جميعا فيجب التعرض كل منهما لقيمة كل من
العبدين كما ذكر الشيخ عند بيان الاختلاف بين المتعاقدين توضيحه ان المقصود هنا انما هو قسمة الثمن
الذي يدعيه المشتري على القائم والهالك على حسب قيمتهما وقسمة عليهما طلب القيمة يتوقف على
اثبات قيمتهما او لا لامكان اثبات قيمة كل منهما مقصودا بالغير لا ان يكون احدهما مقصودا والاخر
فان قلت كل من المتعاقدين وان كان يتعرض لقيمة كل منهما الا ان النقصان في قيمة الهالك
ضمني ومقصود المشتري اثبات النقصان في قيمة الهالك واثبات الزيادة في قيمة القائم ضمني فيعتبر
اقامة البينة على المقصود في كل جانب قلت واما اثباته بالعكس لان المسئلة مفروضة قبل القبض والتقابض
بوافقه على ما مر والبائع يدعي وجوب التسليم على المشتري بعد الاقالة بما يدعيه من الثمن والمشتري
ينكره وينعكس ذلك في البيع وهو مشكل الفرق بين الاقالة اذا وقع الاختلاف فيها قبل القبض بحكم
الاقالة وبين فسخ البيع لخيار الشرط والرؤية او العيب بعد قبض المبيع او كان الرد بالعيب
بالقضاء حيث لا تحالف فيه اذا اختلفا في قدر الثمن بعد فسخ البيع بحكم الخيار حيث ان القياس في قيمة
انما هو التحالف اذ المشتري يدعيها في الثمن والبائع ينكره والبائع يدعي وجوب التسليم عليه بما يدعيه
من الثمن فيجب ان يحلف كل منهما لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قوله والقيمة قائما
العين بما اذا استهلكه غير المشتري اوجب التحالف في هذه الصورة منصوص عليه لقوله عليه السلام
اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا فانه ثبت حال بقاء السلعة وحال عدمها قلت بل حكمي هو

منصوص عليه

منصوص عليه لان هذا المطلق محمول على المقيد كما مر فكان المراد من هذا المطلق المقيد لقرينة
الزوائد دال على بقاء السلعة كذا في الكافي وفي الكفاية يجيب اما في الاولى فلان حمل المطلق
اذا وردا في حكم واحد في حادثة واحدة فاما اذا وردا في السبب فلا يحمل لعدم الازدحام وورد في
السبب كما ذكر ولان المطلق اذا كان يجب حمله على المقيد اذا وردا في حكم في حادثة وتعذر
الجمع بينهما فالمرسل عن الشرط لا يصح ان يحمل على المعلق عليه لما عرف انه جاز ان يكون الحكم الواحد
معلقا اي معدوما ما لم يوجد عند وجود الشرط ومرسلا اي معدوما ما يصح ان يوجد بغير عدمه اذ لا منافاة بين
الارسال والتعليق قبل الوجود الا يرى ان جواز نكاح الامة معلق لعدم الاستطاعة عن طول الحرة
في قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح الامة وانه مرسل عن الشرط في قوله تعالى احل لكم ما وراء
ذلكم وقوله عليه السلام والسلعة قائمة حال والحال في معنى الشرط كانه قال ان كانت السلعة
قائمة فلا يصح حمل المرسل عن هذه الرواية على المعلق منه نعم ذكر الامام فخر الاسلام في كتب الشرط
ان صيغة الشرط او دلالته لا تنفك عن معناه قط وهو المعنى بالعدم عند العدم ويوقف الوجود
على الشرط حتى لا يجوز اجراء الشرط في قوله تعالى وكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا على وفق العادة بحمل
الامر على الاباحة ونقض بان ذلك قوله بالغاء الشرط في كلام الله تعالى منزه عن ذلك او يجب
يحمل وكاتبوهم على الاستحباب المشروط بشرط العلم بالخير وقوله والسلعة قائمة في قوة قوله ان كانت
السلعة قائمة فيدل على كون قيام السلعة شرطا لجريان التحالف والشيء متى كان مشروطا بالشيء
استحال ان يوجد بغيره فيحمل المرسل على هذا الشرط على المعلق به لئلا يلزم ان يكون الشيء مشروطا بالشيء
وغير مشروط به واما في النكتة الثانية فنقول ان كان المراد بالتراد حقيقة وهي ان يرد البائع الثمن والمشتري
المبيع كان النص واردا فيما بعد التقابض او التراد على هذا الوجه لا يتصور الا بعده فيكون المنصوص
هو التحالف بعد التقابض اذ التراد على هذا الوجه على هذا الوجه لا يتصور الا بعده وفي يكون المقصود
هو التحالف بعد التقابض فاما قبله فلا يكون التحالف منصوصا عليه بهذا النص سواء كانت السلعة
قائمة او مستهلكة بل يثبت في الكل بغير المتعاقدين بل يكون التحالف في هاتين الصورتين بقوله عليه السلام واليمين على
من انكر ولا معنى للعكس الثابتة اذا استهلك المبيع غيرهما على تعين لاستوائهما في الدخول
في الحديث المشهور وعدم الدخول في حديث التحالف وان كان المراد بالتراد التفاسخ كانت
صورة هلاك المبيع باستهلاك غيرهما منصوصا عليه ايضا بنص التحالف لامكان التفاسخ فيها لبقاء
العقد لقيام القيمة مقام المبيع ولا معنى للعكس المنصوص على غيره وايضا النبي عليه السلام رتب التراد على
مطلق اختلاف المتعاقدين سواء اختلفا قبل القبض او بعده فلا او يراد بالتراد التفاسخ لانه الممكن قبل التقابض
او بعده الاختلاف فيما بعد التقابض لحذف الشيء اي اذا اختلف المتعاقدان بعد القبض ولكن المجاز اهون
من الحذف والله اعلم قوله لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا فان الشافعي وقد ذكرنا قبل
هذا الباب ان يكون النص بعد القبض حال قيام السلعة غير معلول اعتبار الشافعي اي حازم والعا

واما عند غيره معلول ما دامت السلعة قائمة سواء كانت قبل القبض او بعده واختصاص محمد رحمه الله انه يرى التحالف معلولا انما يظهر فيما اذا وقع الاختلاف بعد هلاك السلعة وقد ذكرنا انتهى لفظه فان قلت قد ذكر الشارح في هذا الباب ما يدل على ان التحالف معلول عند غير القاضي ابي حازم مطلقا اي قبل القبض وبعده على خلاف المذكور هنا حيث قال عند قوله وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس هذا الذي ذكره اختيار القاضي ابي حازم فاما في رواية المبسوط فلم يشترط في ان التحالف مخالف للقياس هذا الشرط فقال اذا اختلف البائع والمشتري في الثمن والسلعة قائمة في يد البائع والمشتري فانهما يتحالفان و يترادان استحسانا وفي القياس القول قول المشتري لانهما اتفقا على اصل البيع وادعى البائع زيادة في الثمن والمشتري ينكرها فالقول قول المنكر مع اليمين لقوله عليه السلام واليمين على من انكر ثم بالسنة وكان ابو حازم ان كانت السلعة في يد البائع فالتحالف بطريق القياس وان كان في يد المشتري فالتحالف بخلاف القياس هذا لفظه والله اعلم قوله فالقول قول المسلم اليه يعني لا يتحالفان فيه اما قياسا فلعدم الانكار من الجانبين والتحالف على وفق القياس لا يمكن الا فيما اذا جرى الانكار و الدعوى من الجانبين واذا فاتت هنا واما بخلاف القياس فلان فسخ العقد من لوازم التحالف الذي هو على خلاف القياس وفسخ اقالة السلم غير صحيح مع ان الاقالة ليس في حكم البيع مطلقا حتى يكون النص الوارد في البيع المطلق واردا فيها ايضا اقالة السلم فانه فسخ في حق المتعاقدين قوله فالقول قول المسلم اليه اي لا يتحالفان لانه لو ثبت التحالف فيه لثبت بدلالة النص البيع وذا غير ممكن لان حكم التحالف في البيع التفاسخ وذا لا يتصور في اقالة السلم لانها لكونها اسقاطا لا تحتمل الفسخ ودعوى السلم والعكس لا تقتضي التحالف فيه كما تقتضي التحالف فيه كما تقتضي في النكاح حتى يجري التحالف ولا لظهور الفسخ اذ لا دعوى هنا الا من جانب واحد بخلاف النكاح لجريان الدعوى من الجانبين اذ المرأة تدعي الزيادة عليه والزوج وجوب تسليم النفس عليها بمقدار ما يدعيه من المهر قوله لانه اسقاط فلا يعود السلم وذكر الصدر الشهيد القول قول المسلم اليه ولا يتحالفان ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم ليست ببيع بل هو اسقاط لكل وجه فان رب السلم لا يملك المسلم اليه بالاقالة بل يسقط المسلم فيه اصلا فلا يكون فيها معنى البيع حتى يتحالفان كذا في الشرح قلت قد ذكر المصنف رحمه الله في كتاب السلم ما يدل على ان الاقالة في السلم كالاقالة في سائر البيوع حيث قال فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه انه قد سماها بيعا فلا يجعل العرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل الاقالة فيه مكون الاقالة واقعة على راس المال سوى لانه دين مثله لهذا قلنا قد جعل راس المال مبيعا لتصحيح الاقالة فيكون الاقالة واقعة على راس المال وهو يثبت بالاقالة كما يثبت بالبيع في البيع فعلى هذا يكون الاقالة في السلم اثباتا لا اسقاطا فلا بد من التوفيق وجوابه ظاهر قوله ولم يحلف لها التزوج في الاتفاق عند ابي حنيفة رحمه الله لان كل واحد منهما مدعي منكر اما الزوج فانه يدعي الحط من مهرها والكلام فيما اذا مهر مثلها الف وخمسمائة واما المرأة فلانها تدعي الزيادة على المهر مثلها وهو ينكر كذا في الشاهان

قلت

قلت بل الكلام في الوجوه كلها لان المذكور في الكتاب قول الكرخي رحمه الله وهو يقول بالتحالف في جميع الوجوه كما يفصح عنه قوله بعد فيقدم في الوجوه كلها فالاولى في وجه التحالف ان يقول ان الزوج يدعي وجوب تسليم النفس عليه بمقدار ما يدعيه من المهر وهي تنكر اذ المسئلة مفروضة فيما قبل التسليم يدل عليه نفيها قوله ولا يفسخ النكاح فان قلت النص في التحالف انما ورد في البيع والنكاح ليس في معناه فكيف تعدى حكمه من البيع الى النكاح او نقول انما شرع فيما يحتمل الفسخ لان الفسخ من احكام التحالف ولا فسخ في النكاح فيجب ان لا يشرع فيه التحالف لعدم حكمه قلت على الاول ان المعنى الموجب للتحالف هناك وهو ان كل واحد من المتعاقدين مدع ومنكر موجود ههنا فيثبت التحالف في النكاح ايضا بدلالة النص واما الثاني فجوابه مذكور في الكتاب وايضاحه ان التحالف انما وجب الفسخ في البيع لانه لما تعذر اثبات دعوى كل منهما خلا العقد عن البدل والبدل اذا خلا في البيع يفسد فلا يفسخ كذا في الشرح قوله في الجواب ان التحالف في النكاح لم يشرع بنص التحالف الوارد في البيع حتى يطلب فيه حكم التحالف الثابت في البيع وهو الفسخ بل التحالف فيه بالحديث المشهور اعني قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وكل من الزوجين مدعي ومنكر على ما مر فتوجه اليمين لكل منهما على صاحبه وبه يخرج الجواب عن الاول الا بقول بالتحالف فيه بنص التحالف في البيع حتى يطلب مماثلة النكاح البيع وجواب الشارح عن الثاني لا يخلو عن قلق لان السؤال الذي ذكر من ان حكم التحالف لا يتصور في النكاح فكيف يجري فيه لا يندفع بما ذكر من بيان وجه الفرق بين البيع والنكاح من حيث ان البيع يفسخ بالتحالف والنكاح لا يفسخ لان البيع يفسد ببطلان البدل دون النكاح وذلك ظاهر فكانه قصد الى انه لا نسلم ان الفسخ حكم التحالف مطلقا بل هو حكم التحالف الذي لا يجري فيما يفسد بالتحالف والنكاح لا يفسد به فجوابه فهو جواب بالمنع قوله وتحكيم الدار في خلافه وقد يحتاج الى الفرق بين النكاح والبيع من حيث ان المتناكحين اذا اختلفا في قدر المهر يحكم مهر المثل ويجعل القول لمن يشهد له لموافقة الظاهر اياه واما المتبايعان اذا اختلفا في قدر الثمن لا يحكم قيمة المبيع بل يتحالفان ويفسخ العقد قوله ان القياس في البيع ايضا هو تحكيم القيمة غير انه لم يحكم فيه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وفيه نظر اذ التحالف اذن في البيع كان على خلاف القياس قبل القبض وبعده اذ القياس هو ان يجعل القول لمن يشهد له قيمة المبيع فيجب ان لا يقال عليه الاجارة قبل استيفاء المنفعة ولا يجب التحالف فيها بالقياس على المبيع بل يجب ان يكون القول

لمن وافقه اجر المثل قوله في الكتاب وبدا بيمين الزوج عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله تعالى
تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري والمراة تدعي الزيادة وهو ينكرها فيتحالفان لان
كلا منهما ينكر دعوى صاحبه ولو فرضت المسئلة على الاطلاق اي قبل تسليم النفس
وبعدها فكذلك اذ المراة لها ان تمنع نفسها عن الزوج حتى يستوفي المهر المعجل
وان كان الزوج قد دخل بها عند ابي حنيفه رحمه الله نعم لا يتاتى الدعوى من قبل
الزوج فيما اذا كان المهر مؤجلا ولم يكن المراة مانعة عن تسليم النفس لاستيفاء المهر
ومع ذلك اختلفا في قدر المسمى فان الزوج لا يدعي على المراة وجوب التسليم بقدر ما يقر به
من المهر حتى يكون المراة منكرة لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط
اعتبارها بالتحالف وههنا بحثان اما اولا فلان صحة التسمية انما يمنع تحكيم مهر المثل
للايجاب ونحن لا نحكم بالايجاب بل لمعرفة من يشهد الظاهر ليكون القول قوله مع اليمين
وبهذا رجح الشارح تخريج الرازي رحمه الله واما ثانيها فلان سقوط اعتبار التسمية
موجب للمصير الى مهر المثل للتحكيم وذلك ظاهر والجواب اما عن الاول فلان تحكيم
مهر المثل لمعرفة من يشهد له الظاهر يستلزم اعتباره للايجاب ايضا الا يرى الى ما ذكروا في
تخريج الرازي رحمه الله ان مهر المثل اذا كان مثل ما ادعته المراة او اكثر وحلفت يجب
عليه الالف بجهة التسمية لاتفاقهما عليه والالف بجهة مهر المثل حتى يخرج الزوج في الالف
الذي وجب اعتبار مهر المثل ان شاء جعلها دراهم وان شاء جعلها دنانير فلو قدمنا
التحكيم لادى الى اعتبار مهر المثل للايجاب مع وجود التسمية وذلك غير صحيح فيتقدم
التحالف في الوجوه كلها فظهر ان تخريج الكرخي رحمه الله اصح كما هو اختيار شمس الائمة
رحمه الله واما عن الثاني فلان التحالف انما يوجب سقوط اعتبار التسمية فيما
لم يتفقا عليه لا فيما اتفقا عليه فيجب اعتبار مهر المثل فيما لم يتفقا واعتبار التسمية
فيما اتفقا فلو حكم بمهر المثل فقط لزم اعتبار فيما اتفقا عليه وفيما اختلفا فيه وهو باطل
والدليل على هذا ان المهر اذا كان مثل ما ادعاه الزوج او اقل يجب عليه الالف بجهة مهر المثل
يحرفيه وليس كذلك قوله معناه اختلفا في البدل وفي المبدل وهذا احتراز عن اختلافهما
في الاجل فانه لا يجري التحالف بينهما وان لم يجب فالقول قول من ينكر الزيادة كذا في الشرح
وينبغي ان يعلم انه اراد بالاجل الاجل في الاجرة لا الاجل الذي هو شرط لصحة الاجارة
الدار الى شهر او شهرين فانه لو وقع الاختلاف فيه يتحالفان كما صرح به في المتن بعد هذا
باسطر لان ذلك في الحقيقة اختلاف في قدر المبدل وهو المنفعة لانها
تعرف بالاجل وبقدر به اما تاجيل الاجرة فهو كالتاجيل في ثمن المبيع فلا يجري التحالف
بالاختلاف

قوله وهو

بالاختلاف قوله فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة
واعترض بان الانكار المجرد يوجد في جانب الموجر ايضا لانه منكر لوجوب التسليم او لولاية الاستيفاء بقدر
ما يدعيه المستاجر واجيب بانه ينبغي ان يبدا بيمين الموجر تعجيلا لفائدة النكول فان وجوب تسليم المعقود عليه
على الاجر بعد قوله واجيب في الثانية بان المستاجر قاصد في الانكار فيبدى بيمينه
قوله لانه من شروط سقوط التحالف السنوالمتخاصمين في الدعوى والانكار حتى لو كان احدهما
منكرا قصدا والاخر ضمنا لا يتحالفان كالمودع يدعي رد الوديعة ويتكلم وجوب الضمان والمودع
يقصد بدعواه وجوب الضمان وينكر الرد ومع ذلك لم يتحالفا بل القول هناك قول المودع مع اليمين
لان الانكار من المودع غير مقصود بل مقصود دعوى وجوب الضمان على انه قد ذكر الشارح
قبل هذا ان الدعوى انما كان لا يخلو عن انكار الطرفين ولا لكن الاعتبار للمقصود منها وقد ذكرنا
في اول الباب فلو كان مجرد الانكار كافيا لجريان التحالف لتحالفا في الدعوى كلها فعلى هذا فلو
انكار الموجر ضمنا لما جرى التحالف بينهما قوله بان كلا من الموجر المستاجر وان كان
قاصدا في انكار ما يدعيه صاحبه لكن لا يخفى ان قصد المستاجر في الانكار عند الاختلاف
في الاجرة اقوى من قصد دعوى وجوب التسليم او ولاية الاستيفاء بقدر ما يدعيه من الاجرة
فنقول ان هذا النوع من الاعتبار ربما في حنفا اختلاف المتبايعين في قدر المبيع مع انه يبدا
بيمين البائع وان كان الامرين له هو الانكار الا انه يجاب بانه بدا بيمين المشتري في هذه
الصورة وان كان قصد البائع اقوى تعجيلا لفائدة النكول وليس في الاجارة تعجيلا فائدته
لما سنذكره في الجواب عن الثاني واجيب عن الثاني في الهاج بان الاجرة ان شرط تعجيلها
فهو الاسبق انكارا فيحلف وان لم يشترط لا يمنع البائع من تسليم العين الاجرة المستاجر
لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فبقي الانكار المستاجر لزيادة الاجرة فيحلف والاجارة
اعتبرت بالبيع ومن شرط القياس ان لا يتغير النص في الفرع بل يتعدى حكم الاصل بعينه وذلك
فيما قلنا لم لقطه قوله للقطع بان الموجر ايضا منكر لوجوب التسليم او لولاية الاستيفاء بما يدعيه
المستاجر والامام يجري التحالف بناء على الانكار سواء فعوله فبقي انكار المستاجر بان الموجر ليس بكار
ممنوع وايضا ان عليه بهما حكمين التحالف والبداية وكل من هذين الحكمين معلول وغير خاف انه
لا يلزم من تعدية احد الحكمين الى الفرع لوجود علته فيه تعدية الحكم الاخر اليه مع انعدام علته فيه الا يرى
ان التحالف يجري في النكاح بالقياس على البيع وهناك قد تعدى احد الحكمين وهو التحالف لوجود
علته وهو انكار الطرفين ولم يتعد الحكم الاخر وهو الفسخ لانعدام علته وهو التعاقد فكذا
في الاجارة ينبغي ان يتعدى التحالف لوجود علته فيه ولا يتعدى البداية بيمين المستاجر لانعدام
علته فيها على ان الامام ان التحالف في الاجارة ثبت بالقياس على البيع بقوله عم البينة على المدعي
واليمين على من انكر لانه يقتضي وجوب اليمين على كل منكر وقد وجدنا كلا من الموجر والمستاجر منكرا او قوى

صاحبه فاوجبنا اليمين على كل واحد منهما لا بعموم النص والقياس انما يصح ان لو لم يكن الفرع منصوصا عليه
على ان البداية بيمين المستأجر لو كانت باعتبار ان الاجارة الحقيقية بالبيع وجب ان يبدأ بيمين
المستأجر عند الاختلاف في المنفعة ايضا فالاولى ان يقال في الجواب ان المستأجر اشد انكارا
لانه منكر لوجوب زيادة الاجر الذي يدعيه الموجر اثباتا والموجر لا ينكر وجوب التسليم او ولاية استيفاء
المنفعة اصلا بل ينكر زيادة ما يدعيه المستأجر والانكار للاصل اشد من الانكار للوصف مع الاقرار
بالاصل وكذا الموجر اشد انكارا اذا وقع الاختلاف في المنفعة لانه ينكر زيادة المنفعة اصلا والمستأجر
لا ينكر وجوب تسليم الاجرة ولكن ينكر وجوب تسليمها بمقابلة ما يدعيه الموجر من المنفعة وكان البداية بيمين
المستأجر عند الاختلاف في الاجرة وبيمين الموجر عند الانكار في المنفعة اولى وانما بدئ بيمين المشتري
اذا اختلفا في قدر المبيع لما ذكر قوله ولابي حنيفة رضي الله عنه ان البدل مقابل بفك الحجر لان الكتابة
عنده معاوضة وفي وجب بدل الكتابة على العبد ينبغي ان يثبت للعبد شيء ايضا ولا ذلك الا فك الحجر واذا
ادى بدل الكتابة ينقلب من كونه مقابلا بفك الحجر الى كونه مقابلا بالحرية لانها هي المقصودة كما جعل
وجوب الاجرة في ابتداء عقد الاجارة مقابلا برقبة الدار ثم يصير مقابلا بالمنافع المطلوبة عند حدوثها
فكذلك هنا فاذا كان كذلك يقع الاختلاف في قدر البدل لا في قدر المبدل لانه سلم له فلا يرد شبه
المكاتب فلا يحلف المولى فلا يتحقق التحالف كذا في النهاية قوله لان الاجارة اذا كانت نظير
الكتابة ينبغي ان لا يتحالف فيها اذا اختلفا في البدل او في المبدل قبل استيفاء المعقود عليه اعني المنفعة
تحالفا وترادا فلو كانت الاجرة بمقابلة رقبة الدار في الابتداء كما ان البدل في الكتابة بمقابلة فك الحجر
ينبغي ان لا يتحالفا بعد تسليم العين المستأجرة قبل التمكن من استيفاء المنفعة وليس كذلك [illegible] العين
في الاجارة انما جعل مقابلا بالعين في الابتداء تصحيحا للعقد والا فالعين ليس بمقصود في الاجارة
بوجه فلا تظهر بين المقابلة فيما وراء التصحيح اما فك الحجر في الكتابة فهو مقصود ايضا وان كان دون
الرقبة فجاز ان يكون مقصودا بالمقابلة والله اعلم قوله وهو سالم للعبد اشارة الى انه لا عبرة بدعوى
السبب عند حصول المقصود وقد سلم للعبد ما هو حكم السبب وهو فك الحجر في حق البدل فلم يعتبر بدعواه
كانه لا يدعي على المولى شيئا قوله اي العبد اذا برهن على ما ادعى يقبل بينته فلو لم يعتبر بدعواه كانه
لا يدعي لم يقبل اذ البينة انما تقبل على الدعوى قوله بان العبد مدعي صورة وان لم يكن مدعيا معنى
وفي البينات يعتبر الصورة وفي اليمين يعتبر المعنى والدعوى من العبد متحققة صورة فتقبل البينة عليها
وليست بمتحققة معنى فلا يحلف المولى عليها نعم لو كان يقول العبد انك لا تدعي على المولى العوض
الحالي لسلامته له ولكنه يدعي العوض المآلي الذي ينقلب اليه العوض فانه ليس بحاصل له فيجب ان يعتبر
بدعواه العتق على المولى بقدر ما يدعيه ولان البدل في الاجارة ايضا يجب بمقابلة العين المستأجرة
اذا لم ينحل منها الى المنفعة يجب وجودها مع ان المنفعة قد بين اذا اختلفا في المنفعة او في الاجرة
يتحالفان بعد تسليم العين قبل استيفاء المنفعة ووجب ان لا يتحالفا فيها كما لا يتحالفان في الكتابة

في الكتابة او يتحالفان في الكتابة كما يتحالفان في الاجارة اما يوجب مع ان مقابله البدل ولا حاصل للمستأجر
والعبد وما يتحول اليه في الاجرة من ملك المنفعة والعتق غير حاصل لهما فيحتاج الى مزيد تامل قوله
فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية شاهدها والظاهر
لها قوله فما وجه الفرق بين ما يختص كل من الزوجين وبين الات الاساكفة والات العطارين لو تنازع
الاسكاف والعطار في تلك الالات وهي في ايديهما يكون بينهما نصفين ولم يقل ما يصلح للاسكاف فهو له وما يصلح
لها فهو لها وقلنا انما جعلنا ما يصلح للرجال للزوج وما يصلح للنساء للمرأة للترجيح بالاستعمال لا بالبينة
بمعنى يجعل الرجل في حق المتاع المختص له كالعمامة هو المستعمل له وفي الملحفة المرأة هي المستعمل لاجرة واما
في الات الاسكاف في العطار فلم يثبت يد استعمال لها وثبت يد ثانية في الالات في ايديهما على السواء فلذلك جعلناها
بينهما نصفين كذا في الشرح ولا شك فيه ان استعمال كل من الزوجين لا يختص به الاعتبار لبس ...
بل يجعل كالمستعمل له باعتبار الاختصاص ومثل هذا الاستعمال ايضا يمكن اثباته للعطار والاسكاف
فيما يختص بكل منهما قوله وقال ابو يوسف رح يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها وهكذا في المشكل
اما فيما يختص به كل واحد منهما فقوله فيه كقولهما من غير اعتبار جهاز مثلها هكذا في المبسوط
وشروح الجامع الصغير وفي لفظ الكتاب نوع تخليط حيث لم يذكر قول ابي يوسف رحمه الله عليه هذا فيما ذكر
قولهما في حق المشكل وكان من حقه ان يقول ما يصلح لهما كالانية فهو للرجل وقال ابو يوسف رحمه الله عليه يدفع
الى المرأة ما يجهز مثلها كذا في الشرح قوله لان لها يدا معتبرة في الخصومات حتى لو اختصم الحر و
والمكاتب في شيء وهو في ايديهما يقضى بينهما لاستوائهما بخلاف ما لو كان محجورا ما يقضى به للحر لانه لا
يد له كذا في الكافي وسيأتيك شبهه في كتاب المضاربة ما يدل على ان المحجور ايضا يدا معتبرة خصوصا اذا كان
ماذونا الا يرى انه ليس للمولى ان يسترد ما اودعه العبد من يد المودع وان كان محجورا عليه بهذا الكلام
واذا قال المدعى عليه في جواب من ادعى عليه ملكا مطلقا قيدنا بالملك احترازا
عن دعوى الفعل فانه لا يندفع باحالة اليد على غيره وبالمطلق احترازا عن دعوى الملك بسبب كما ان يدعي
عينا في يد رجل انه اشتراه من فلان الغائب وهو ملكه وذو اليد ادعى ان فلانا اخر غيره اودعه اياه
واقام البينة لا يندفع عنه الخصومة نص عليه في الذخيرة وذلك انه لما ادعى عليه الملك بسبب
الشراء من فلان صار ذو اليد خصما من جهة فلان الغائب الذي يدعي شراء العين منه بانابة الشرع
اياه عن الغائب لان ما يدعيه على الغائب سبب لما يدعيه على الحاضر وفي مثله يجعل الحاضر خصما
عن الغائب كانه وكيل من قبله بجواب الخصم على ما مر تحقيقه في كتاب القضاء ولما صار خصما
عن الغائب بانابة الشرع دفعا للضرر عن المدعي وصار كالوكيل منه بالوكالة لم يندفع عنه الدعوى
باحالة اليد الى غيره لانه لم يصر خصما بمجرد اليد حتى يندفع الخصومة عنه باحالة اليد الى غيره فكذا
هنا وبالجملة ان ذا اليد انما يخرج عن كونه خصما باحالة اليد الى الغير اذا صار خصما
باليد اما اذا كان خصما بغير اليد لا يندفع عنه الخصومة باحالة اليد الى غيره وعن هذا قلنا

اذا ادعى على ذي اليد ملكا مطلقا فقال ذو اليد ان هذا العين كانت من تركة ابيه ثم اقتسمنا التركة
ووقعت هذه العين التي تدعيه في نصيب فلان الوارث فاودعنيه لم يندفع عنه الخصومة لانه لما
اقر بانه وارث من كانت العين له فقد اقر بانه خصم لان مورثه بالنيابة الجبرية الثابتة شرعا
فلا يندفع الخصومة باحالة اليد الى الغير لانه لم يصر خصما باليد بل لكونه وارثا لمن كانت العين
في يده حتى لو لم يكن هذا العين في يده كان خصما باليد حتى لو لم يكن هذا العين في يده كان
خصما من جهة مورثه وباقي الورثة فلا يندفع عنه الخصومة باحالة اليد الى الغير والله اعلم
هذا ولكنه قد يطالب بالفرق بين ما اذا اقام البينة على الوديعة من الغائب الذي يدعي
الخارج الشرى منه وبين ما اذا اقر ذو اليد بانها وديعة في يده من الغائب الذي
يدعي الخارج الشراء منه لا يجعل الحاضر في هذه المسئلة خصما من الغائب بل يندفع عنه الخصومة ببينة وفيما
على ان العين وصلت اليه من قبل المالك وان يده ليست بيد خصومة والفرق ان الحاضر انما ينتصب
خصما من الغائب اذا كان الحاضر منكرا لما يدعي على الغائب اذ لا خصومة بلا انكار وانه منكر لانه
لما اقر انه لفلان وادعى الوديعة عنه فقد انكر ان يكون الغائب الذي ادعى الخارج الملك
بسبب الشراء منه بائعا العين اياه في ملكه والمدعي لا يتمكن من اثبات ملكه بسبب الشراء من الغائب
على ذي اليد الا بعد اثباته على الغائب فانتصب الحاضر خصما من الغائب ولا يندفع عنه الخصومة
باحالة اليد الى الغير لما مر واما في الثانية فالحاضر فيها لا ينكر ما يدعيه الخارج على الغائب لانه
لا ينكر ملكه حتى يلزم منه انكار بيعه من الخارج في ملكه واذا لم يكن منكرا لا يكون خصما بالضرورة
وبعبارة اخرى ان الحاضر انما يجعل خصما عن الغائب اذا كان ما يدعي على الغائب لما يدعيه عليه
وفي الثانية لا يدعي الخارج على ذي اليد الا تسليم ما اشتراه من الغائب لا الملك بالشراء منه لانه
لا ينكر ملكه انما ينكر وجوب التسليم على مودعه فلا يكون ما يدعيه عليه سببا لما يدعيه على الحاضر فلا ينتصب
خصما الا اذا ادعى ان الغائب وكله بقبضه فحينئذ يكون خصما في وجوب التسليم اليه فيصح دعواه و
يقبل بينته واما في المسئلة الاولى فان ههنا ما يدعي على الغائب سبب لما يدعيه على الحاضر لانه
يدعي على الحاضر الملك بسبب الشراء من الغائب وانه ينكره فكان ما يدعي على الغائب سبب الثبوت
ملكه على الحاضر بسبب الشراء منه فينتصب خصما عنه ولا يخرج عن كونه خصما باحالة اليد الى غيره فافترقا
ثم يشكل الفرق بين المسئلة الاولى وبين ما اذا ادعى عينا بسبب الوصية من فلان وقال ذو اليد
هو وديعة من رجل اخر غير الموصي او قال غصبته منه وبرهن عليه اندفعت الخصومة وعلى قياس المسئلة
الاولى ينبغي ان لا يندفع الخصومة في مسئلة الوصية كما لا يندفع في مسئلة الشراء ومن قال يندفع الخصومة
في مسئلة الوصية فالظاهر انه يقول بانه لا يندفع الخصومة في مسئلة الشراء ايضا فالظاهر ان في كل من المسئلتين
روايتين عن علمائنا والله اعلم قوله هذا الشيء اودعنيه فلان او رهنه عندي او غصبته منه قوله سواء كان
بين يدي المودع والغاصب والمرتهن فيما اذا وهب الاب لابنه الصغير متاعا هو في يد غيره فقال ان

ان كان في مودعه تتم الهبة بمجرد العقد لان يد المودع كيده ولو كان في يد غاصب او مرتهن لا يتم ما لم يقبضه لان الغاصب
والمرتهن يد نفسه لا يد المالك وسيأتيك في كتاب الهبة ان شاء الله تعالى قوله فلا خصومة بينه وبين المدعي
قالوا وكذا محمد ما يدل على ان المودع خصم للمدعي وصورته مات وترك بنتين وقد تعاضب ابنان فادعى
رجل الدار فقال الحاضر الدار لابينا ومات وتركها ميراثا لي وللاخوين فلان وفلان فقسمنا فلانا وقبض
كل نصيبه ثم انهما غابا واودعا في نصيبهما فقال المدعي الدار كانت في يد ابيكم الى ان مات فقسمتم بينكم ثم
ان اخويك اودعاك نصيبهما ولكن الدار لي وبرهن له بها وان ثبت نصفها وفيها ان نصفي الدار وديعة
في يد الحاضر وليس الامر كما قالوا لان كون المودع ليس بخصم من حيث انه مودع لا ينافي كونه خصما
بوجه اخر والحاضر خصم في كل الدار لان الدعوى في الحقيقة على الميت والبينة قامت عليه واحد الورثة
ينتصب خصما على الميت وعن سائر الورثة قوله لانه اثبت بالبينة ان يده ليست بيد خصومة قوله
اذا اقام المدعى عليه بينة ان هذا الثوب وديعة عنده من جهة فلان الغائب واقام المدعي بينة
انه ثوبه سرقه من فلان الغائب لا يندفع الخصومة ويقضي بالعين للمدعي مع ان المدعى عليه اثبت
بينة ان يده ليست بيد خصومة قوله بان العين ... ان يندفع الخصومة كما لو قال هذا ثوبه
غصبه فلان وبرهن ذو اليد انه وديعة من جهة فلان الغائب الا ان استحسانا لو دفعنا الخصومة بعد
سببا لوجوب الحد على الغائب لان المدعي يدعيه ويثبت السرقة عليه ويقضي عليه بالقطع لانه ظهر سرقته قبل
ان وصل العين الى المالك واما اذا قضينا بالعين للمدعي لا يجب القطع على الغائب بعد ذلك وان
وان ظهرت سرقته لانه انما يظهر بعد وصول العين الى المالك ويحتال لدرء الحد ما امكن فلم يندفع الخصومة
عن ذي اليد احتيالا لدرء الحد بخلاف الغصب لانه لو ظهر الغصب على الغائب لا يلزمه حد كذا في الذخيرة
قوله لانا نقول اذا كانت العين المدعى لا يقطع سارقه بان قيمتها اقل من عشرة دراهم قوله جاز
ان يقضي عليه بالقطع على قول من لا يشترط للقطع ان لا يبلغ قيمة العين عشرة دراهم نعم يشكل
احالة اليد الى الغير لما كانت دافعة للجهل وجبت رفعها ولا يجوز رد الحد ان يجعل غير الخصم
لا يجوز ان يجعل الخصم غير خصم لا يقال ان اقامة البينة على ان اليد لغيره ان كانت تدفع الخصومة
عندنا ففيه شبهة عدم اندفاع الخصومة من حيث انه الاجتهاد وفيه مساغ فقد قال البعض ان
الخصومة لا تندفع عن ذي اليد باحالة الى غيره والشبهة الدارئة للحد في حكم الحقيقة لانا نقول
الشبهة وكانت دارئة للحد فهي لا يكفي للحكم عليه ومن الشبهة لا توجد الحد الا بعد ان تحكم على صاحب
اليد فيصل العين الى المالك قبل ظهور السرقة وصاحب اليد اذا لم يكن خصما عندنا لا يصح الحكم
عليه بشبهة كونه خصما لدليل الخصم قوله لا يندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة
على انه مودع فلان اما اذا اقام البينة على اقرار المدعي انه مودع فلان يقبل بينته ويندفع عنه الخصومة
والفرق انه اذا برهن على انه مودع فلان فقد احال الخصومة على غيره اما اذا برهن على اقرار المدعي
بذلك فقد برهن على ان المدعي ابرا عن الخصومة معنى ومن انتصب خصما بدعوى الفعل لا يقبل بينته

على احال الخصومة على غيره ويقبل على ابراء المدعي اياه عن الخصومة قوله وهذا استحسان ووجهه انه لما زعم
السارق احتمل ان السارق غير ذي اليد الا انه اراد الستر ويحتمل انه غيره الا انا اذا جعلنا ذا اليد سارقا
يقضي بالعين للمدعي وسلم اليه ثم اذا ظهر السارق بعينه لا يقطع لانه ظهر السرقة بعد وصول المسروق
الى المالك ولو لم يجعله سارقا لا يقضي للمدعي فمتى ظهر السارق بعينه يقطع لظهور السرقة بعد وصول
العين الى المالك فكان جعله سارقا احتيالا لدرء الحد عنه فكان اولى بخلاف الغصب اذ لم يتعلق
عقوبة ولان في تعيين ذي اليد سارقا ايصال الحق الى مستحقه لان من عادة السارق التواري خوفا
من القطع فلو لم يتعين صاحب اليد سارقا واندفع الخصومة عنه والمدعي لا يجد السارق فلا يحصل
الى حقه بخلاف الغصب اذ ليس من عادة الغاصب التواري فيجده المدعي ويخاصم معه فلا يؤدي
الى ابطال حق المدعي ولم يجعل صاحب اليد غاصبا فافترقا هذا ولكن يشكل بما ذكرنا من الذخيرة انه لو برهن
على الوديعة من الغائب وبرهن المدعي انه ثوبه سرقه منه فلان الغائب لا يندفع الخصومة فاذا كان
اضافة فعل السرقة الى غير المدعى عليه كاضافته الى نفسه في عدم اندفاع الدعوى لم يكن بناحية الى الاحتيال
في اضافة الفعل اليه فالاولى في وجه الاستحسان ما ذكر في المتن قوله والظاهر انه هو الذي في يده الا انه
لم يعينه درءا للحد وهذا مع كونه غير مطرد فيما لا يقطع السارق سرقته مشكل لامكان ستر الجريمة الموجبة
للحد ودرءه مع اضافة الفعل الى ذي اليد بان يقول اخذت مني فالعدول عنه الى التجهيل لغافل
وقيل على ان الاخذ غيره فيكون الدعوى في الملك المطلق فيجب ان يندفع لو برهن على الوديعة
من الغائب وايضا لو كان قوله سرق مني مع المجهول دعوى الفعل كقوله سرقت لزم ان يجب الحد عليه
كما لو قال سرقت فيعود العدول الى المجهول على موضعه بالنقل لان مقصوده ستر الجريمة ودرء الحد وفيه عدم
تعيين المدعى عليه فاعلا الا ان يقال بان بعينه ثبت بالظن فلا يكفي للحد الذي يندرئ بالشبهة وان كان يكفي
لتوجه الدعوى باب ما يدعيه الرجلان قوله واذا ادعى اثنان عينا في يد اخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما
البينة قضي بها بينهما قوله هذا اذا كان مدعيان مسلمين او ذميين او احدهما مسلما والاخر ذميا واقاما
البينة من المسلمين اما لو كان احدهما ذميا والاخر مسلما والعين في يد ذمي واقاما البينة من اهل الذمة
فانه يقضي بها للمسلم لان بينته حجة على ذي اليد وعلى من ينازعه وهو الذمي الخارج وبينة الذمي ان
كانت حجة على ذي اليد لكونه ذميا فليس بحجة على المسلم الخارج وكان يصير ذو اليد مقضيا عليه ببينة
كل واحد منهما فكذلك كل واحد يصير مقضيا في النصف حتى لا يسمع بينة احد المدعيين على النصف الذي
قضي بها لصاحبه كما لا يسمع بينة ذي اليد فاذا لم يكن هذه البينة حجة على المسلم صار وجودها وعدمها
بمنزلة قوله ظهر الخطأ في الاول بيقين اي بدليل راجح على الاول مبطل للعمل به والا فالخطأ لا يظهر
بيقين لاحتمال كذب الفرقة الثانية قوله فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد وان شاء
ترك فان قيل قد يتيقن القاضي بتكذيب احد الفريقين لان وقوع البيعين على عبد واحد من رجلين من
كل واحد في وقت واحد فينبغي ان يبطل البينتان قوله الشهود شهدوا بنفس البيع لا بصحته ولم يشهدوا

وما شهدوا بوقوع البيعين معا ويتصور بيعان من واحد لعين واحدة وكل منهما اعتمد شيئا المطلق للشهادة
فيجب العمل بها بحسب الامكان ولان البيعين يتصور وقوعهما في وقت واحد من وكيلين بان وكل رجلين
كل واحد على الانفراد بان يبيعا داره فباع كل واحد منهما بيعا من رجل فانه يجوز عقد الوكيل كعقد الموكل
فثبت انه لا يستحيل ورود البيعين في زمان واحد كذا في الكافي قوله اما فلان في هذا السؤال والجواب
اشارة ظاهرة الى ان تصور وقوع ما يشهد به البينتان شرط وانه لو لم يتصور لا يقضي بها للتيقن بكذب
احدهما ولكن ذكر الشيخ رحمه الله في اخر هذا الباب ما يدل على انه ليس بشرط بل احتمال الصدق في كل واحد
من البينتين يكفي لوجوب العمل بها حيث قال عبد في يد رجلين اقام رجل بينة انه عبده ولد في ملكه من امه
هذه وعبده هذا والاخر اقام بينة انه عبده ولد في ملكه من امته وعبده هذا فقضي بالعبد لهما اجماعا مع
ان نتاج دابة من ابوين محال مع ان القاضي يقضي بها بين المدعيين وكذا كل سبب لا يتكرر كالنسج
والحلب اذا تنازع فيه اثنان وبرهنا قضي بها نصفين مع تيقن القاضي بكذب احدهما لعدم تصور
اجتماعهما واما ثانيا فلان قوله الشهود شهدوا بنفس البيع لا بصحته لا يدفع السؤال المذكور لانه كما لا يتصور
اجتماع البيعين الصحيحين على عبد من رجلين من كل واحد بكماله في وقت واحد لا يتصور اجتماع الكاملين
والصحيح ايضا واما قوله ولم يشهدوا بوقوع البيعين معا قوله الا انهم شهدوا بوقوعهما معا فقد
جعلتم البيعين كانهما وقعا معا كما صرح به الشيخ قبيل هذا بقوله لان البيعين وقعا معا ولا يخفى ان جعلهما
واقعين معا انما يصح اذا تصور وقوعهما معا واما ثالثا فلان قوله فثبت انه لا يستحيل ورود البيعين
في زمان واحد من رجل واحد ان اراد ان ورودهما في زمان واحد حكما لا يستحيل باعتبار ان تبليغ الوكيل
كبيع الموكل فصح الاسناد الى البائع مجازا فذلك لا يجدي نفعا لان القاضي يقضي بورود البيعين من ذي
اليد حقيقة حتى يلزم حقوقهما والحقوق انما ترجع اليه اذا جعل بائعا حقيقة اذ لو جعل بائعا ببيع وكيله
لم ترجع الحقوق اليه لان الحقوق انما ترجع الى الوكيل اذا امكن الزامها عليه اما اذا تعذر الزامها
عليه ترجع الى الموكل كما لو وكل صبيا محجورا او عبدا محجورا وهاهنا جعل بائعا ببيع وكيله تصحيحا للبينتين و
عملا بهما فلا يمكن الزام الحقوق على الوكيل لعدم تعينه فيقتصر على الموكل ضرورة قوله لانه صار مقضيا عليه
في النصف قوله كيف يجعل مقضيا عليه في النصف الذي قضي به لصاحبه ولم يكن له في ذلك النصف ملك قبل
القضاء به قوله ان لم يكن فيه ملك فله حق الملك لانه اقام البينة ان الكل له وانما توجب
حقيقة الملك عند اتصال القضاء بها فقبل اتصاله به توجب حق الملك وحقه معتبر كحقيقته ولو ثبت
الحقيقة لصار مقضيا عليه كذا هاهنا وهذا معنى قوله لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة
صاحبه فهي ينطق بقوله صار مقضيا عليه والدليل على ان البينة توجب حق الملك
قبل اتصال القضاء بها ما ذكر في الذخيرة ادعى دارا فبرهن قبل القضاء فاما من عند القاضي
فمكث زمانا ثم جاء ذو اليد وادعى ذو اليد انه باع الدار من فلان وسلمها اليه او رهنها
منه وسلمها اليه او اودعها وغاب لا يندفع الخصومة واقر المدعي بذلك او علم القاضي

الثاني به او برهن على اقرار المدعي بخلاف ما اذا اقام شاهدا واحدا او المسألة بحالها فانه منذ فع الخصومة
اذا اقر المدعي بما قال ذو اليد او برهن على اقراره او سلم الثاني والفرض انه اقامه
شاهدين انما يثبت المدعي حقيقة الملك في المدعي فقد ثبت حقه لوجود سبب الملك
وحقه يمنع صحة بيع المدعا عليه وهبته لئلا يبطل حق المدعي والمدعي اقر بهبته غير صحيحة
فلا يصلح دفعا للخصومة واما عند اقامة شاهد واحد فلا يثبت له حق الملك لانه لم يتم السبب
فكان تصرف المدعا عليه في خالص ملكه فصح وانما اقر المدعي بهبته صحيحة وعلم القاضي هبته صحيحة
فيند فع الخصومة قوله لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الاخر
ان يكون قبله او بعده فلا يقضى بالشك وقد يقال هذا التعليل بعينه يأتي فيما اذا كانت الدار
في يد ثالث ووقت احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخر مع انه لا يقضى لصاحب الوقت
عند ابي حنيفة رحمه الله عليه رحمه والعجز على ان المصنف رحمه الله ذكر هناك في تعليل ابي حنيفة
ما يخالف هذا التعليل حيث قال لابي حنيفة رحمه الله عليه ان التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط
اعتبار التقدم اللهم الا ان يجعل التعليل المذكور ها هنا على قول ابي يوسف فانه لا يفرق با
بالفرق بين دعوى الشراء وبين دعوى الملك على ما يجيء بيانه واما تخريج ابي حنيفة رحمة
الله عليه في مسئلة الشراء فيما سيأتيك من قوله بخلاف الشراء لانه حادث فيضاف الى اقرب الاوقات
فيكون شراء غير المؤقت باعتبار اضافته الى اقرب الاوقات متأخرا عن شراء المؤقت فالاعتبار
للسبق وفي الذخيرة انما جعل المؤرخ اولى تعليلا كنقض ما هو ثابت نفيا للمؤرخ في نقضنا
شراء الاخر لانه لم يثبت ببينة الشراء قبضا لغيره نقضنا على المؤرخ شراه وتاريخه بعد ما
ثبت بالبينة وتعليل النقض اولى بخلاف ما اذا ادعى الخارج مع ذي اليد الشراء من واحد وارخ
احدهما فذو اليد اولى لا تعليل النقض ها هنا في جعل صاحب اليد اولى لانا قضينا للمؤرخ
نقضنا شراء ذي اليد مع يده الثابتة معاينة ومتى قضينا لذي اليد نقضنا شراء الاخر وتاريخه
الثابت بالبينة والثابت معاينة فوق الثابت بالبينة فكان نقض الثابت معاينة اكثر.
قوله وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى الظاهر ان ضمير قوله لم يذكرا عائد
الى الرجلين الذين ادعيا الشراء من ذي اليد لانهما المذكوران من قبل في قوله ولو ادعيا الشراء
الا فيكون المعنى وان لم يذكر المدعيان الشراء من ذي اليد والمشتري في يد احدهما ومن المحال ان يكون
الدعوى مع ذي اليد ويكون المدعا في يد احد المدعيين فلا يراد ان يجعل الضمير للمدعيين الشراء
من غيره فيترتب عليه قوله ومع احدهما قبض اي وان لم يذكر المدعيان اللذان ادعيا الشراء
من غيره تاريخا ومع احدهما قبض اي العين المدعى الشراء في يد احدهما قوله وان ادعى احدهما شراء والاخر
هبة وقبضا الى اخره هنا بحث لما ذكر في الكافي في فصل التنصيص حيث قال ان ثبت فعلان معا
اجتمعا معا وتوافقتا كالبيعتين وان تنافيا ثبت اقواهما كالبيع والنكاح والا بطلا كالنكاح

كالنكاح اجتمع بيعان في عبد من وكيلين او فضوليين واجيزا معا تنصف والبيع احق من النكاح والاجارة
والرهن حتى لو باع فضولي امة زوجها فضولي اخر واجرها او رهنها فاجازهما المولى معا جاز
البيع وبطل غيره لان البيع اقوى لانه يفيد ملك الرقبة ولا كذلك غيره والعتق والكتابة والتدبير
احق من غيرها والهبة والاجارة احق من الرهن لان الهبة تفيد ملك الرقبة والرهن والاجارة
تفيد ملك المنفعة والرهن لا والهبة احق من الاجارة والبيع احق من الهبة في الدار لا الهبة
يبطل بالشيوع ويبقى البيع بلا مزاحم واستويا في العبد لان الهبة مع القبض تساوي البيع في افادة
ملك الرقبة وكل واحد قابل للنصف لا هبة المشاع فيما لم يتم صحيحة هذا كلامه فقد سوى بين الهبة والبيع فيما لا
لا يحتمل القسمة ورجح هنا مطلقا ورجح الهبة على الرهن وها رجح الرهن عليها فلا بد من بيان الفرق قوله
والجواب ان الاصل في التعارض ترجيح الاقوى لكن التعارض ها هنا بين البينتين وثمة بين التصرفين الاجزا
معا فيرجح ها هنا اقوى البينتين وثمة اقوى التصرف وبينة الرهن لكونها اكثر اثباتا حيث يثبت البدل اقوى
من بينة الهبة حيث لا يثبت الا واحدا وكانت بينتا واحد بينتهما وموجب الهبة اقوى من موجب
لانها يثبت ملك الرقبة دون الرهن فان تعارضا رجحت الهبة لقوتها وكذلك بينة الشراء اكثر
اثباتا من بينة الهبة والقبض فكانت اولى بخلاف الشراء مع الهبة في مسئلة التفضولي لان التعارض
بين التصرفين وموجبهما سواء لان كلا منهما يوجب ملك الرقبة فيستويان فيما لا يحتمل القسمة وترجح
البيع فيما يحتملها فالهبة تبطل بالشيوع ويبقى البيع بلا مزاحم وكذا الاستواء في مسئلة الفضولي
لحكم الهبة على حكم البيع من حيث ان حكمه لا يتوقف على القبض وحكمها يتوقف عليه لان حكمها انما
يثبت بالاجارة والاجارة بما يثبتان معا وفي المسئلة الدعوى يتعاقب حكمهما بالفروع
في حيث يثبت عند ثبوتهما وعند الثبوت بينهما تعاقب في اثبات الحكم قوله والهبة والقبض مع الصدقة
والقبض سواء وكان ينبغي ان يكون الصدقة اولى لانها توجب ملكا غير لازم ونقض ما ليس
بلازم ما فيه تقليل النقض اولى والجواب ان الهبة من ذي رحم محرم لازمة وفي الاجنبي ان لم
يكن لازمة فعنها عوض شروط عرفا ولهذا يثبت للواهب حق الرجوع ما لم يعوض فلهذا وفي
قبض الصدقة ان كان نقض اللزوم في الهبة نقض العوض كذا في الذخيرة قوله لان العوض لا كان
مشروطا كلي عرفا طرف الشفعة كما يجري عند شرط العوض نصا وترجح الهبة على الرهن كما ترجح عليه
شرط العوض فالمعروف كالمنصوص وليس كذلك قوله ولا يترجح باللزوم اي لا ترجح الصدقة على
الهبة باعتبار معنى اللزوم لان اثر اللزوم في ابطال الرجوع وذلك حكم يظهر في ثاني الحال والترجيح
انما يقع بمعنى قائم في الحال لا بمعنى يرجع الى المآل كذا في الكافي قوله لان بينة الرهن والقبض
تترجح على بينة الهبة والقبض بجهة انها العقوض لكم الرهن مضمون فيوجب الضمان اي كالبيع وحكم الهبة
غير مضمون قوله ان اثر الضمان يظهر في ثاني الحال عند الهلاك لا في الحال قوله لان اثر الضمان يظهر في الحال
لانه غير متقرر وانما يتقرر عند الهلاك وسيأتيك التحقيق في الرهن ان شاء الله تعالى قوله يشكل بان البينة

للنسب بفراش النكاح راجحة على البينة المثبتة له بفراش ملك اليمين لان النسب الثابت بفراش النكاح اكد
حتى لا ينتفي بمجرد النفي من غير لعان بخلاف الثابت بملك اليمين حتى لو برهن الغلام انه ابن هذا العبد
من هذه الامة وبرهن المولى انه ابنه من هذه الامة فهو ابن العبد وكذا لو برهن العبد انه
ابنه من هذه الامة وبرهن المولى انه ابنه من هذه الامة فهو ابن العبد لان بينة العبد تثبت النسب
بفراش النكاح وبينة المولى تثبت النسب بملك اليمين والثابت بالنكاح اكد فكانت بينة العبد
اكثر اثباتا ولا يخفى ان اثر تاكد النسب الثابت بالنكاح لا يظهر في الحال بل عند النفي كما لا يظهر
تاكد الصدقة في الحال بل عند الرجوع قوله لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما يثبت الملك
بنفسه قوله لان الشراء يوجب الملك في الرقبة من الجانبين والنكاح ان كان يوجب ملك
الرقبة في الجانبين احق بقبول البينة عليه مما يفيد ملك المنفعة في احدهما لان البينة المفيدة
لملك الرقبة اكثر اثباتا قوله بان النكاح يوجب الملك في المهر موكدا حتى لا يبطل بالهلاك
قبل التسليم بخلاف الملك في المشتري فكان اقوى من هذا الوجه والشراء اقوى من الوجه الذي ذكرنا
فاستويا قوله لان الملك في المهر ان كان لا يبطل بهلاكه قبل التسليم فقد يبطل بردة
المنكوحة وتمكينها ابن الزوج وبالطلاق قبل الدخول ايضا يبطل الملك في نصف المهر قبل التسليم
وبعده ولا يتاكد ذلك الا بالدخول او بالموت فصار كالبيع من حيث ان الملك فيه لا يتاكد الا بالقبض
فلا ترجيح بهذا الاعتبار والشراء راجح من حيث انه يفيد ملك الرقبة من الجانبين فينبغي ان يكون
هو احق بالجواب ان النكاح وان لم يفد ملك المنفعة في احد الجانبين فهو يفيد ملكا متاكدا
حتى لا يقبل الفسخ والبيع لا يفيد ملكا متاكدا وان كان يفيد ملك الرقبة فاستويا لكن هذا
يوجب ان يستوي النكاح مع البيع فيما اذا باع فضولي امة وزوجها فضولي اخر من اخر واجازهما
المولى وقد ذكرنا من الكافي ان الراجح هو البيع لانه يفيد ملك الرقبة دون النكاح قوله الا
عند الهلاك معنى لا صورة يشير الى ان المرتهن يملك بعد الهلاك مالية المرهون وان كان لا يملك صورته
وسيجي لك الاشارة في الكتاب وبعض الشروح الى ان المرهون لا يصير مملوكا للمرتهن لا صورة لانها
امانة في يده حتى يكون كفنه على الراهن ولا مالية لانها صفة والاوصاف لا تملك قصدا فكانه اراد
انه يملكه معنى من حيث الاعتبار فانه لما صار مستوفيا لحقه بمالية المرهون بعد ما صار كانه ملكه قوله
وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من اخر اي من رجل اخر وذكرا تاريخا واحدا كذا في الشرح
قوله لو كان المراد هو التاريخ الواحد لم يكن في قوله وذكرا تاريخا فائدة لان ذكر التاريخين المستويين
كعدمه وكذا لم يكن للتعليل بقوله لانهما يثبتان الملك لبايعهما فيصير كانهما حضرا معنى اذ لا حاجة
الى هذا الكلام عند استواء التاريخين بل يكفيه حينئذ ان يقول لانهما استويا في سبب الاستحقاق
وانما يحتاج اليه عند اختلاف التاريخين من حيث انه يوجب انه يقضي لاسبقهما الا ان المشتريين
يثبتان الملك لبايعهما ولا تاريخ في ملك البايعين فكانهما حضرا وادعيا الملك المطلق من غير تاريخ

تاريخ وهناك يقضي بينهما فكذا هنا فالظاهر انه اراد بقوله وذكرا تاريخا ان كلا منهما ذكر تاريخا غير تاريخ صاحبه
كما هو المذكور في بعض الحواشي وهو محمول على القول الاول لابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والقول الاخر
لمحمد رحمه الله ففي الذخيرة انهما ادعيا الشراء من اثنين والتاريخ في يد ثالث فان لم يورخا او ارخا على السواء
قضي بينهما ولو ارخا وتاريخ احدهما اسبق فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في الميراث وذكر الاختلاف
في الميراث بقوله ولو ارخا وتاريخ احدهما اسبق بان اقام احدهما بينة ان اباه مات منذ سنة وتركها
ميراثا له واقام الاخر البينة ان اباه مات منذ سنتين وتركها ميراثا له فعلى قول ابي حنيفة اخرا على ما ذكر في الاصل
وهو قول محمد رحمه الله اولا على ما رواه ابن سماعة عنه يقضي لاسبقهما وعلى قول محمد رحمه الله اخرا وهو قول ابي
يوسف وابي حنيفة رحمهما الله اولا يقضي بينهما لان كلا منهما يثبت الملك لمورثه اولا ثم يثبت الانتقال اليه
فكان المورثين حضرا وادعيا الملك لانفسهما فلا تاريخ وهناك يقضي بينهما بهذا اللفظ قوله وذكر الذخيرة
تشبيها لمسئلة الميراث بمسئلة الشراء بقوله كما اذا ادعيا الشراء من اثنين واقاما البينة وارخا وتاريخ
احدهما اسبق يقضي لاسبقهما تاريخا بلا خلاف قوله كان قوله بلا خلاف محمول على احدى الروايتين
من كل منهم فان في المسئلة روايتين من كل على ما ذكرنا في تفصيل مسئلة الميراث والا لم يستقم قوله في مسئلة
الشراء انه على الاختلاف الذي ذكرنا في الميراث واما حكم مسئلة الشراء بقوله بلا خلاف بناء على احدى الروايات
منهم مع ان مسئلة الميراث ايضا بلا خلاف على احدى الروايات منهم لان الراجح في الشراء من محمد رحمه الله
هو القضاء للاسبق لانه ظاهر الرواية منه بخلاف مسئلة الميراث لان الراجح عنده هو القضاء بينهما
لانه القول المرجوع اليه وعن هذا احتاج الى الفرق على قول محمد بين مسئلة الشراء والميراث على ما
سنذكره والا ففي كل منهما روايتان من كل منهم فلا حاجة الى الفرق الا انه لما كان الراجح عنده في الشراء
القضاء للاسبق وفي الميراث القضاء بينهما نصفين احتاج الى الفرق ولفظ الكافي ايضا يدل
على ان المراد بقوله وذكرا تاريخا بعد هنا حيث قال فيما اذا ادعى الشراء من رجلين لانهما يثبتان
الملك لبايعهما ولا تاريخ لملك البايعين فتاريخهما لملكه لا يعتد به وصار كانهما حضرا واقاما البينة
على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما انما هنا فهذا نص على ان الكلام في هذا الرجل وان اختلفا في [illegible]
فاذا اثبت احدهما ملكه ولا يزاحمه غيره لا يثبت الملك لغيره بعد الا بالتلقي منه ثم قال ان ارخا ولم يذكر
تاريخ كان اسبق اولى قوله ما الفرق لمحمد رحمه الله بين مسئلة الشراء ومسئلة الميراث فان الخارجين
اذا ادعيا ارثا من ابويهما وارخا وتاريخ احدهما اقدم يقضي بينهما على قول محمد رحمه الله فلم يعتبر
سبق التاريخ واعتبر في الشراء قوله الفرق بينهما من حيث ان ملك المشتري حادث بسبب وهو
الشراء فكل من المشتريين اثبت لنفسه ملكا حادثا لا تعلق له بملك البايع فمن اثبت الملك لنفسه
في وقت لا ينازعه فيه احد كان هو اولى فاما ملك الوارث فهو ليس بملك جديد بل هو عين ما كان
ثابتا للمورث لان الوراثة خلافة ولا تاريخ للمورثين فاستويا من هذا الوجه فافترقا كذا في الكرخي
وهكذا في الذخيرة وبه علم ان محمدا رحمه الله [illegible] اعتبر ملك الوارث متجددا حيث قال اذا ثبت الملك

مطلب الراجح في الشراء عند محمد القضاء للاسبق

مطلب الفرق بين مسئلة الشراء وبين مسئلة الميراث

المورث لا يقضى به للوارث حيث يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا وعلل بان ملك الوارث متجدد
حيث يجب عليه الاستبراء ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل
صرح التعليل المصنف رحمه الله عليه فيما سبق تصريح من قبل محمد رحمه الله بان ملك الوارث ملك
جديد لا غير ما كان ثابتا للمورث فلم يتم هذا الفرق على اصله وجوابه ان يقال ان ملك الوارث عين
ملك المورث من وجه حتى يرد بالعيب ويرد عليه ويصير الوارث مغرورا بشراء المورث وملك
متجدد وملك متجدد من وجه حتى يجب عليه الاستبراء ويحل للوارث ما كان صدقة على المورث الفقير
فمن حيث انه متجدد ينبغي ان يعتبر البائع بسبق التاريخ كما في الشراء ومن حيث انه عين ملك
المورث ينبغي ان لا يعتبر فلا يعتبر بالشك وهكذا يقال في مسألة الوارثة فان كونه متجددا يوجب
ان لا يستحق الوارث الا بالشهادة على النقل وكونه عين ملك المورث يوجب ان يستحقه بلا نقل
فلا يستحق بدون النقل بالشك فوضح الفرق قوله على تقدم الملك اي ملك بائعه لجواز ان يكون
الاخر اي البائع الاخر اقدم ملكا لجواز ان يكون ملك بائع المدعي الاخر اقدم والاصل الاستحقاق
ما ليس الا لمن كان ملك بائعه اقدم من حيث انه مضاف الى اقرب الاوقات لحدوثه على تقدم
ملك بائعه واما فيما اذا كان دعوى كل هو الشراء من واحد فالاستحقاق لمن يثبت تقدم شرائه
يثبت تقدمه لوجوب اضافة شرى غير الموقت لا لمن كان شراؤه اقدم وتوقيت احدهما شراءه
من بائعه ان كان يدل على تقدم شرائه على شراء غير الموقت الى اقرب الزمان فوجب القضاء
للموقت قوله وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه انه
لا يعتبر ذكر الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله وذكر في الذخيرة عن ابي يوسف رحمه الله اعتبار
في اعتبار التاريخ في دعوى ملك المطلق قوله لان بينتهما قامتا على مطلق الملك ومطلق الملك
في معنى النتاج من حيث اولية الملك حتى يستحق المدعي بالزوائد ولا عبرة بالتاريخ في النتاج فكذا
في الملك المطلق او معناه ان البينتين قامتا على ملك المطلق وبينة ذي اليد على الملك المطلق غير
مقبولة فلا يعتبر بتاريخه قوله وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة قوله بينته انما تكون دافعة اذا كان
للتاريخ عبرة ولا عبرة له في ملك المطلق كما ذكر محمد رحمه بان دعوى مطلق الملك وان كانت
دعوى اولية الملك التي هو في معنى النتاج الذي لا عبرة بالتاريخ فيه فهي ليس بنص في دعوى الاولية
بل يحتمل ان يكون دعوى التملك من جهة المدعا عليه فاعتبرنا بدعوى التملك في اعتبار التاريخ
وبدعوى النتاج في استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على بعض الى هذا اشير في الذخيرة
او نقول مطلق الملك انما يعتبر في معنى النتاج لتعذر تفحص ونحادها عن الترجيح بلا مرجح وهذا
انما يتصور عند الاطلاق عند ذكر الوقت اذا تعرضا للوقت المعين فلا حاجة بنا على جعله
بمعنى النتاج حتى يجب هدار الوقت بل يجب اعتباره ويجب الحكم للسابق تاريخا قوله وعلى هذا الخلاف
لو كانت الدار في ايديهما يعني ان محمدا رحمه الله قال البينة بينة الخارج وكل واحد منهما خارج

دعوى الملك المطلق كالنتاج

خارج فيقضى بها وعندهما الكل لذي اليد اما الذي ليس في يده فظاهر واما الذي في يد فلان بينته تتضمن معنى الدفع
كذا في الكافي والصواب في العبارة ان نقول الكل لاقدمهما تاريخا يوضحه الكامل قوله لانه اقدم ويقال له غير المورخ
اقدم لان الدعوى في ملك المطلق وانه دعوى اولية الملك حتى استحق بزوائد المتصلة والمنفصلة فغير المورخ
كانه يدعي الملك من وقت وجوده والمورخ يدعيه في وقت متاخر من اول اوقات وجوده فكان غير المورخ اقدم
بخلاف دعوى الشراء اذا ارخت احدهما لان الشراء حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ومن ضرورته اضافته
غير المورخ الى اقرب الاوقات تقدم شراء صاحب الوقت اما الملك المطلق فليس بحادث الى اقرب الازمان
بل الى اول زمان وجوده فلا يترجح احدهما على الاخر فكان تاريخه في حكم الاقدام من حيث انه يثبت ملكه في وقت
وملك الاخر يحتمل ان يكون اسبق منه فيزاحمه وان يكون متاخرا عنه فلا يزاحمه فلا يثبت المزاحمة بالشك ودعوى
الملك المطلق ليس بدعوى لاولية الملك نصا بل يجعله كدعوى الاولية لعدم رجحان بعض الاوقات فلا
فلا يثبت به المزاحمة يقينا قوله فصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت باحدهما وهذا اذا لم يكن واحد منهما
صاحب اليد ويتلقى كل منهما الشراء من واحد اما اذا كان احدهما صاحب اليد فصاحب اليد اولى من
من صاحب الوقت اذ كل منهما صاحب اليد واحدهما مورخ فهما سواء وكذا اذا ادعيا الشرى من اثنين
فهما سواء ارخا او لم يورخا او ارخ احدهما ولم يورخ الاخر قوله ولهذا انه بينة ذي اليد انما تقبل
لتضمنها معنى الدفع ولا دفع هاهنا حيث وقع الشك في التلقي من جهة ولا يقال هذا التعليل لا يكاد يتم من
قبل محمد رحمه الله لانه يقبل بينة ذي اليد المؤقتة على وجه الدفع لانا نقول انه وان كان لا يقبل بينة
ذي اليد المؤقتة على وجه الدفع ولكنه يعترف بقبول بينة ذي اليد على الدفع في الجملة كما في
المحنة فيصح هذا القول منه نظرا الى عدم تضمن معنى الدفع هاهنا عنده لم يسبق في المسألة السابقة عند
ابي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا من وقوع الشك في التلقي من جهة قوله انما تقبل لتضمنها معنى الدفع لا يدل
على ان بينة ذي اليد المؤقتة واقعة عند محمد رحمه الله ونقول انه محمول على القول المرجوع عنه او على
زعم ابي يوسف رحمه الله فانه يقول بالدفع في المسألة السابقة وابو يوسف رحمه الله الذي وقت اولى
كذا ذكر في النوادر قالوا هذا مستقيم على قول ابي يوسف الاخر لان على قوله الاخر المورخ غير في دعوى
الملك المطلق وانه مشكل على قوله الاخر وينبغي ان يكون غير المورخ اولى لان الاسبقهما تاريخا لانه يدعي
اولية الملك ويرد الا في فصل الخارج مع ذي اليد فاذا ارخ احدهما ولم يورخ الاخر كان غير المورخ
اولى على قول الاخر كذا في الذخيرة قوله ذكر المصنف رح في فصل الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا
وارخ احدهما ان المورخ اولى على قول ابي يوسف رحمه الله واشار في التعليل الذي ذكره من قبل
ابو يوسف بقوله ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين الى ان قال فلا بد من اعتبار التاريخ عنده
في الملك المطلق هو ترجيح المورخ والحكم بملكه في ذلك الوقت بيقين فلا يشكل بقوله الاخر حينئذ وقوله
وقال محمد الذي اطلق اولى لانه دعوى اولية الملك فكان ح المطلق اسبق فان قلت فيجب ان يكون
المطلق اولى من صورتي الخارج مع ذي اليد ايضا اذا ارخ احدهما ولم يورخ الاخر وقد حكم

ان الاولى فيه عنده للخارج وايضا قد سبق انهما اذا قاما في الملك المطلق وتاريخ احدهما اسبق فيهما
سواء عنده في عدم اعتبار التاريخ قوله في انقياد التاريخ عند الاجتماع والانفراد روايتان عن محمد
رحمه الله في قول الاول للتاريخ عبرة وفي قول الاخر لا عبرة به في الملك المطلق فما ذكر من ان المطلق
اولى فهو على قوله الاول ويجب على قوله الاخر بينهما وما ذكر في الخارج مع ذي اليد فذلك على قوله
الاخر ويجب على قوله الاول ان يكون اولى هو المطلق ويمكن ان يقال انما عبر محمد رحمه الله المطلق
انه اكثر اثباتا بخلاف الخارج مع ذي اليد لان من سواء اكثر اثباتا هنالك هو الخارج سواء كان هو
المطلق او المؤقت اما ان كان مطلقا فلانه يثبت اولية الملك كالنتاج وذو اليد بينته في
في بعض الاوقات واما ان كان مؤقتا فلان ذي اليد لا يثبت شيئا لان اولية الملك ثابت له
باليد فلان بينة الخارج قوله وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج
بان يقول هذه الدابة او هذه الجارية لي وليست في ملكي فلا يكفي ان يقولا انهما نتجت عنده او ولدت
عنده ولم يشهدوا انها له لانه قد تلد امة الانسان او دابته منه غيره كذا لا يكفي ان يشهدوا انها ابنة
امة المدعي او ابنها اذ ليس من ضرورة كونها ابنة امته او ابنها وليس بمملوكة له وكذا الامة اذا زوجت
نفسها بغير اذن مولاها على انها حرة فولدت بنتا فهذه ابنة امة الرجل وليست بمملوكة له وكذا اذا
اذا باع بنت امة فهي ابنت امة البايع بعد البيع وليست بمملوكة له اما اذا اشهدوا وان هذا العبد
ولدته امة المدعي فان هناك يقضي بالعبد له لانهم شهدوا بملكية الولد حيث قالوا هذا العبد
وبملكية امة للمدعي وقت الولادة وامة المملوكة للانسان لا تلد ولدا مملوكا لغير المالك فكانهم
شهدوا بملكية الولد فالحاصل ان الشهادة بولادة العبد والامة من امة الانسان شهادة بملك
العبد والامة لمولى الامة والشهادة بولادة الابن والابنة ليست بشهادة بملك الابن والابنة
لمولى الامة كذا ذكر في الذخيرة وانه مشكل فان امة الانسان قد تلد مملوكا لغيره كما اذا اوصى
بحمل جارية لرجل فمات الموصي ثم ولدت الجارية فولدها للموصى له وهي لوارث الموصي فقد ولدت
مملوكا لغير مالكها وكذا اذا اوصى بالجارية واستثنى حملها ثم مات الموصي ثم ولدت او اوصى بالجارية
لرجل وبحملها للاخر ثم مات ثم ولدت فلا تكون الشهادة بان هذا العبد ولدته امة هذا المدعي شهادة
بالملك للمدعي في العبد والله اعلم قوله فصاحب اليد اولى هذا جواب الاستحسان واما جواب القياس
فالخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى رح ووجهه ان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد
لان الخارج كما يثبت استحقاق اولية الملك بالنتاج يثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد
بظاهره وبينة ذي اليد لا تثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما وكانت بينة الخارج
اولى بالقبول كما في صورة الملك المطلق كذا في الشرح قوله لان البينة قامت على ما لا يدل
عليه اليد قوله كما ذكرنا انه لا يكفي بذكر النتاج بل لا بد من ذكره انه له واليد ان
كانت لا تدل على النتاج فهي تدل على انه له فكانت بينة الخارج اكثر اثباتا من بينة ذي اليد

لانها

لانها تثبت الملك والنتاج جميعا وبينة ذي اليد لا تثبت الا النتاج لا نفس الملك لانه ثابت له بحكم اليد و
اثبات الثابت محال والبينة التي هي اكثر اثباتا اولى بالقبول لان البينات للاثبات وايضا
كما تقوم بينة ذي اليد فيما لا يتكرر من النتاج وتكون على ما لا يدل عليه اليد تقوم بينة فيما يتكرر من الاسباب
كالغرس والزراعة على ما لا يدل عليه اليد ايضا ثم بينة فيما يتكرر لا ترجح على بينة الخارج باليد فكذا فيما لا
يتكرر والاولى ان يحال التعليل بينة ذي اليد في النتاج على حديث جابر رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قضى في عين هذه الصورة لصاحب اليد ويمكن ان يجاب عن الثاني بان دعوى الملك فيما يتكرر من السبب
كدعوى الملك بلا سبب من حيث ان كل منهما دعوى الملك على وجه يحتمل التكرار على ذي اليد فصار ذكر
ذلك السبب كعدمه وصار الدعوى بذلك السبب دعوى الملك المطلق واليد يدل عليه فلا يكون
بينة ذي اليد كبينة الخارج حتى يترجح باليد كما في دعوى الملك بلا سبب وعن الاول انه لا يكتفي بدعوى
النتاج والشهادة عليه على وجه يتضمن دعوى الملك والشهادة عليه نحو ان يقول هذا العبد
ولدته امة هذا المدعي ويشهدوا به كما ذكرنا وبينة ذي اليد على هذا الوجه تثبت النتاج
قصدا والملك ضرورة والاعتبار للمقاصد وبالنظر الى المقصود بينة ذو اليد كبينة الخارج على السواء
فيترجح باليد قوله ويترجح بينة ذي اليد باليد بينة ذي اليد على النتاج يدل على اولية الملك ولا دلالة
له على ذلك فكيف يترجح بينة ذي اليد بما لا يدل على مقتضى بينة ولا يتعرض له نفيا واثباتا قوله نعم
ان اليد لا يدل على مقتضى بينة النتاج ولكن لا شك ان اليد دليل الصدق فيترجح به وفي الشرح قوله
يشكل على هذا ما اذا ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج انه غصبه منه ذو اليد او ملكه اجره او اودعه
منه او اعاره منه كانت بينة الخارج اولى قوله قال شيخ الاسلام ان بينة ذو اليد انما يترجح على بينة
الخارج على النتاج لو ادعى الملك المطلق اذا لم يدع الخارج فعلا على ذي اليد كالغصب والوديعة اما
لو ادعى الخارج فعلا مع ذلك فبينة الخارج اولى وجوابه يرجع الى المعنى فقال لان بينة الخارج في هذه
الصورة اكثر اثباتا لانها تثبت الفعل على ذي اليد وانه ليس بثابت اصلا وذو اليد ادعى اولية
الملك واليد وان كانت لا تدل على اولية الملك تدل على اصل الملك وكان ما ادعاه ذي اليد ثابتا
من وجه وما ادعاه الخارج الغصب وغيره غير ثابت اصلا وكانت بينته اكثر اثباتا فكان اولى
بالقبول كذا في الذخيرة ثم لفظ قوله اما لو قضى لان الخارج وذو اليد لو ادعيا النتاج لا يقتضي
لذي اليد مع ان اصل الملك ثابت لذي اليد بيده وليس بثابت للخارج وجوابه ان القياس يقتضي ان يقضى
للخارج الا ان استحسانا لحديث جابر رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيه لذي اليد ولما
ثبت فلان البينة المثبتة للزيادة انما يترجح على بينة ذي اليد اذا لم يكن في بينة ذي اليد سبق التاريخ اما اذا
كان فلا صرح بذلك الشارح قبل هذا في جواب سؤال الشارح حيث قال واما قوله ان بينة الخارج اكثر اثباتا قلنا
نعم كذلك الا ان في بينة ذي اليد سبق التاريخ لانها تثبت اولية الملك على وجه لا يحتمل الملك من الغير فكان اولى

الا يرى انهما لو ادعيا ملكا مطلقا وارخا ذو اليد اسبقهما تاريخا يقضى لذي اليد وان كان في بينة الخارج زيادة
الاستحقاق على بينة ذي اليد اي هذا اشارة الى الذخيرة للغلط وهذا تصريح بان البينة المثبتة للزيادة لا تترجح على
بينة فيه سبق التاريخ وجوابه انه ذكر الفقيه ابو الليث في باب دعوى النتاج من المبسوط دابة في يد رجل
اقام آخر بينة انها دابته اخرجها بالذي اليد وصاحب اليد اقام بينة انها دابته نتجت عنده فانه يقضى بها لصاحب
اليد لانه يدعي ملك النتاج والآخر يدعي الاجارة والنتاج اسبق فمن اعتبر السبق فالمسئلة عنده ممنوعة
او مردودة الى اصل آخر اشار اليه محمد رح فقال ذو اليد لو ادعى النتاج الا يكون او ادعى من دعواه
ولم يصح منها لان الخارج لما اثبت الارتهان او الاجارة فقد اثبت اقرار ذو اليد ان الملك للخارج ومع
اقراره بذلك لا يصح منه دعوى النتاج والبينة لا تسمع بدون الدعوى فكان لم تقم البينة فكذلك اذا اثبت
الخارج الغصب لان من الجائز انهم شهدوا بالغصب لانهم عاينوا اخذه من الخارج او لانهم سمعوا اقراره
بالغصب فباعتبار الاصل يصح دعوى النتاج من ذي اليد وباعتبار الاقرار لا يصح بان شك وكذا قوله
المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء به لانه بمنزلة ظهور النص
بعد ما قضى بخلافه وينقض القضاء فكذا هنا وفيه شيء وذلك انه لو كانت امة في يد رجل اقام آخر
بينة عليها انه قضى القاضي بلد كذا لانها له بشهادة شهود شهدوا انها له واقام ذو اليد بينة انها امته
ولدت في ملكه فالقاضي يقضي بذلك القضاء عند ابي حنيفة وابي يوسف ولو كانت البينة على النتاج كنص
ظهر في ظهور الخطاء ينبغي ان كان على هذا القاضي ان ينقض قضاء الاول بالملك للمدعي وما ذكر في المحيط
الذخيرة ان شهادتهم بانه قضى له بشهادة شهود شهدوا عنده انها له اشتراها بذي اليد وكذا الجبل
ان ذو اليد اقام هذه البينة عند ذلك القاضي فلان اجتهاده على ترجيح بينة الخارج على بينة ذي
اليد كما ذهب اليه ابن ابي ليلى رحمه الله فان مذهبه ان الخارج اذا اقام البينة على النتاج او على
الملك المطلق واقام ذو اليد البينة على النتاج فبينة الخارج اولى فيكون قضاء الاول بانيا لا يجوز
نقضه فمع هذين الاحتمالين لا ينقض القضاء والاول فيه نظر اما اولا فلوجود الاحتمال فيما اذا قضى القاضي
بالملك المطلق للخارج ثم برهن ذو اليد النتاج عند ذلك القاضي لان دعوى الملك المطلق تحتمل دعوى
التملك على ذي اليد حيث انه ليس بنص في دعوى اولية الملك وقد اعتبرت دعوى التملك في حق
اعتبار التاريخ على ما ذكره في الذخيرة فيما قبل فيجب ان لا ينقض القضاء الاول بالاحتمال
ههنا ايضا واما ثانيا فلان خلاف ابن ابي ليلى لو كان معتبرا لوجب ان لا ينقض القضاء
ببينة ذي اليد على النتاج الذي قضى بالملك المطلق للخارج اولا لا ينقض بالخطاء في القضاء الاول
لوقوعه صحيحا عند ابن ابي ليلى ولا يصح نقض القضاء الا لظهور الخطاء يقينا الا يرى انه لو
قضى بخلاف الرأي ناسيا المذهب على مذهبها والصحابة واتبعهم عند ابي حنيفة رح تنفيذه لانه
ليس بخطاء يقينا فالظاهر ان خلاف ابن ابي ليلى غير معتبر لما ذكر المص رح فيما تقدم ان ما
اتفق عليه الجمهور فلا يعتبر بخلاف البعض وذكر فلان وليس باختلاف لان المعتبر الاختلاف في

في الصدر الاول ثم المصنف رح خص المقضي عليه بالملك المطلق بالذكر مع ان ذي اليد المقضي عليه بالنتاج اذا اقام
بينة على النتاج يقبل وينقض القضاء بالنتاج للخارج ايضا وانما خصه ليثبت الحكم في المقضي عليه
بالنتاج بالطريق الاولى وذلك لما ذكر في الذخيرة ان الخارج بدعوى النتاج يدعي اولية الملك بحيث
لا يحتمل التملك على ذي اليد فلا يمكن ان يجعل ما يستحقه الخارج من الملك الثابت لذي اليد بظاهر البا مستحقة
على ذي اليد بل يكون ثابتا له كان من الاصل فلا يصير ذو اليد مقضيا عليه بالقضاء للخارج من وجه لان دعوى
الملك المطلق يحتمل التملك من ذي اليد فتقبل بينة ذي اليد على النتاج بعد القضاء عليه بالملك المطلق للخارج
وانه يصير مقضيا عليه لولا لان التعليل الذي ذكر المصنف رحمه الله في قوله لانه بمنزلة النص يقتضي التفرقة
بين ما اذا قضي عليه بالملك المطلق ثم برهن على النتاج او بالنتاج ثم برهن عليه لان بينة النتاج كما
يكون كنص البينة اي الملك المطلق دون النتاج لان البينة الثانية فيه كالاولى والثانية ان
ترجحت باليد فالاولى ترجحت باتصال القضاء به فاستويا هذا وقد ذكر في الذخيرة في اواخر فصل الحادي
والعشرين من كتاب الدعوى نقلا عن المنتقى رجل في يده مملوك ادعى رجل انه مملوكه
والذي في يده يجحد وادعى لنفسه فحلف فنكل فقضي عليه بالنكول ثم ان ذو اليد وقد كنت
اشتريته منه قبل الخصومة منه فاقام بينة قبلت ولا يكون اباؤه كذا بالنكول الشراء ولو اقام
على انه ولد في ملكه او على انه اشتراه من فلان غير المدعي وقد ولد في ملكه لا تقبل هذه البينة
هذا لفظه وهو خلاف ما ذكر ان المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام بينة على النتاج تقبل
والله اعلم قوله ينقض القضاء فان قلت كيف ينقض وقد ظهر ان القضاء قد كان في فصل مجتهد فيه
فان ابن ابي ليلى يقول بان بينة الخارج على الملك المطلق اذا اقام بينة على النتاج اولى من بينة
ذي اليد على النتاج لما ذكرنا من الذخيرة والقضاء ان في فصل مجتهد فيه ابتداء نفذ فما وجه ان
ينقض فاذا ظهر انه كان في الفصل المجتهد فيه اجيب بان البعض شرطوا لنفاذ القضاء في المجتهد فيه ان يكون
القاضي اخذا بقول من قضى على مذهبه وههنا وان ظهر ان القضاء وقع على مذهب ابن ابي ليلى فالقاضي
حتى قضى لم يكن اقتدا بمذهبه فينقض القضاء على هذا القول او يكون هذا النقض مبنيا على ان المعتبر
لنفاذ القضاء هو الخلاف في صدر الاول والادعاء انه لا عبرة بخلاف البعض على خلاف الجمهور فيكون على بعض
الروايات قوله لان البينة القضاء ببينة هو الاصل والعدول عنه بحكم النتاج قلت بل الاصل هو القضاء
باقوى الحجتين وقد وقع الاشكال ههنا فيما هو الاقوى ان كان السبب فيما لا يتكرر كان الاقوى بينة الخارج
ذي اليد فان في مسئلة النتاج وان كان مما يتكرر كان الاقوى بينة الخارج وفي مسئلة يجب ابقاء ما كان على
ما كان فينبغي ان لا ينقض بيد ذي اليد بالشك توضيحه ان خبر النتاج لو كان غير معقول لوجب الاقتصار
على ما عرف كونه سببا مما لا يتكرر يقينا ولكن المصنف رح ذكر وجها معقولا حيث قال لان البينة قامت
على ما لا يدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد وهذا يقتضي ان الاصل هو العمل ببينة ذي اليد
حتى ان الخبر لو لم يكن واردا فيه ترجحت بينته ايضا فكان ما دليل ضعف والمعول عليه هو الخبر لما ذكرنا

ان يثبت الخارج اكثر اثباتا لانه يثبت الملك والنتاج جميعا وبينة ذي اليد لا يثبت الا النتاج للثبوت
اصل الملك باليد واثبات الثابت متعذر والترجيح بالبينة بعد الاستواء في الاثبات الذي وضعت
البينات من اجله   وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر بلا تاريخ اي اقام الخارج انه اشترى
من ذي اليد وبرهن ذو اليد انه اشترى من الخارج فلا تاريخ معهما يعني لا يكون واحد
منهما مؤرخا او ارخا احدهما مؤرخا دون الآخر قوله ولا ينعكس لما كان في اليد دليل سبق
شراء ذي اليد من الخارج تنعقد العكس لتعارض سبق شراء ذي اليد بيده ومع سبق شرائه لا يمكن
القول بسبق شراء الخارج واما اي حالة البيع قبل القبض جائز قوله هذا دليل آخر على امكان
الجمع بين البينتين يعني ان طريق الجمع بين البينتين متعين هنا لعدم جواز البيع قبل القبض عند محمد رحمه الله مطلقا
وطريق الجمع اذا كان ممكنا وجب الجمع عملا بالدليلين بالقدر الممكن وعندهما لما جاز بيع العقار قبل
القبض يتعين طريق الجمع حيث امكن العكس ايضا فلا جمع لتعذر الجمع بالطريقين معا وفي التعيين ترجيح
بلا مرجح فيجب التهاتر وانه اعلم قوله ولهذا لان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا
على اقرارين قوله لان المسألة وضعت في دعوى الشراء لا في دعوى البيع وفي دعوى الشراء
لا بد من كون اقرار صاحبه بالملك له من قبيل الاقدام على الشراء اقرارا بالملك للبائع حتى يقوم البينات على
اقرارين بل يقر كل بالملك لصاحبه من غير ان يحتاج الى اثباته بالبينة وانما كل واحد منهما مدعيا اقرار صاحبه
بالملك له من قبل هذا العين كما ذكر محمد رحمه الله فانه ذكر المسألة في دعوى البيع فالتعليل المذكور انما
لا يوافق وضع المسألة فالحق في العبارة ان يقول ولهما ان دعوى الشراء ودعوى اقرار البائع
لوقوع الملك للمشتري لظهوره بالبينتين انما قامتا على اقرار البائع لوقوع الملك للمشتري
لا على اقرار المشتري بالملك اللهم الا ان يراد بالشراء البيع وبالبائع المشتري فيكون المعنى
ان الاقدام على البيع اقرار منه بالملك للمشتري فيكون دعوى الشراء دعوى اقرار البائع
بوقوع الملك للمشتري فحينئذ يترتب عليه قوله فصار كانهما قامتا على اقرارين قوله ولان السبب
يراد لحكمه يعني ان المقصود من اثبات السبب هو الحكم اعني الملك وههنا لا يمكن القضاء لذي
اليد الا بملك مستحق يستحقه الخارج عليه فيبقى القضاء له بالسبب دون الحكم وهذا
لا يجوز ذكره جوابا عن محمد رحمه الله فان قلت لما جعل كان ذو اليد اشترى من الخارج وقبض
ثبت السبب هو البيع مع الحكم وهو الملك لذي اليد فلا يكون القضاء بمجرد السبب قلت
اذا لم يؤرخ الشهود وجعلوا كالمتهاترين فصار كانه قضي بالسبب دون حكمه كذا في الشافي
فان قلت الشهود وان لم يؤرخوا فلا خفاء ان سبق التاريخ في الشراء قد ثبت دلالة
لان القبض دليل السبق والدلالة تعمل عمل الصريح فلا يكون قضاء بالسبب مجرد قلت انما يكون
القبض دليل السبق عند محمد رحمه الله عنه باعتبار انه لو جعل بيع الخارج لاحقا لزم البيع قبل القبض
فلا بد ان يجعل شراء ذي اليد سابقا حملا لامر المسلم على الصلاح الا يرى ان الشهود اذا شهدوا

بالقبض

بالقبض لا يجعل قبض ذي اليد دليل السبق لجواز كل واحد من البيعين تعلم ان اليد انما تدل على السبق باعتبار
عدم جواز البيع قبل القبض وبيع العقار قبل القبض جائز فاي الشراءين قدمنا يكون جائزا فلا
فلا يكون القبض دليل السبق فيجعل الشراءين مقارنين فيلزم القضاء بالسبب دون الحكم نعم يشكل بما
اذا شهدت بينة على رجل بالنكاح بالف ومهر مثلها خمسمائة وشهد آخران بالطلاق قبل الدخول
يقضى بالنكاح والطلاق جميعا كذا في الاجناس في الفصل العشرين من كتاب الدعوى وعلى هذا الاقضاء بمجرد
السبب وهو النكاح قوله فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا حالا او مؤجلا كذا في الكافي
وهو غير واقع موقعه لان الكلام في الثمن المنقود وعلى تقدير نقد الثمن من الجانبين لا يتصور ان يكون احدهما
حالا والآخر مؤجلا لمنافاة بين التعجيل والتأجيل ان يقال المراد في الوصف كالجودة والرداءة فكانه اراد
فسبق الالف بالالف قصاص اذا استويا حالا ومؤجلا ومهما قد استويا حالا فيقع القضاء بينهما اما لو اريد
نقد الالف بهذا الالف قصاص اذا استويا حالا ومؤجلا ومهما قد استويا حالا فيقع القضاء بالمراد والاستواء
في صفة الجودة قوله ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع ذكره في الكافي وهذا يخالف
ما ذكرنا اولا من المبسوط والجامع الكبير وغيرهما لفظا وقد يوفق ان المراد بالتهاتر ههنا الترك في يد ذي
اليد لا استلزام التهاتر ايضا ويقول لا يمكن الجمع هنا غير ممكن ان الجمع على وفق الترتيب غير ممكن حتى يقضى للخارج بل
الجمع بينهما ممكن على عكس ذلك فيجمع كذلك عملا بالبينتين فيكون لذي اليد وبهذا يسقط ما قيل ان الجمع بينهما
ايضا ممكن بتقديم شراء الخارج من حيث انا لو جعلنا عقد ذي اليد سابقا كان قبضه حراما ولو جعلنا عقده متأخرا
كان قبضه بحق فلهذا انتفى التهاتر نعم يبقى العقد بين الصفقة وجه السقوط ظاهر قوله فيجعل ان الخارج اشترى
اولا ثم باع قبل القبض لانه جائز عندهما ولكن من غير البائع اما من البائع فلا يصح حيث ذكر في الكافي
في متفرقات البيوع فلا يصح بيعه اي بيع المبيع واجارته من بائعه قبل القبض وهذا باطلاقه يتناول العقار
وغيره البيوع شراء وتعليل الذي اشار اليه في الكافي قبل هذه المسألة وهو ان البيع من البائع قبل القبض يفوت
القبض المستحق وفواته يفسد البيع فلو صح البيع من البائع قبل القبض يبطل من حيث صح حيث يفسد
البيع الاول لانه يفوت القبض المستحق فيه واذا فسد البيع الاول لم يفد الملك قبل القبض فيبطل الثاني
ضرورة حيث قال ولا يصح بيعه البيع من بائعه ويبطل البيع لان الاقالة توجب ابتداء وبطلت انها لا انما
توجبت فصار البائع قابضا بنفس القبول فيفوت القبض المستحق بالبيع فيبطل البيع فيبطل ما بني عليه
فجعلت مجازا عن الاقالة هذا كلامه وهذا التعليل لا يفرق بين العقار وغيره لان القبض مستحق في بيع العقار
ايضا وانه يفوت بالبيع من البائع قبل القبض توجه المنع حيث يمكن البائع بمجرد البيع منه فلو اذا
ملكه تعذر المشتري ان يقبضه حكم البيع الاول اذا الملك بناء على القبض ولم يوجد فلا ولان بحال
لما يبطل الخارج ليبطل من ذي اليد قبل قبض الدار منه جعل بيعه مجازا عن الاقالة فيعود الى تسليم ملك ذي
اليد كما يجعل بيع المنع من بائعه قبل قبضه مجازا عن الاقالة عليها قوله وعند محمد رح يقضي ببينة الخارج
لانه يصح بيعه قبل القبض فيبقى على ملكه قوله لما يصح بيعه قبل القبض وجب ان يجعل بيعه من بائعه قبل

قبضه مجازا عن الاجازة الا يرى ان هبة المبيع من بايعه لما لم يكن صحيحة لما جعلت بيع مجازا عن الاقالة فليجعل بيع المبيع من بايعه قبل قبضه ايضا مجازا عن الاجازة فكان الخارج المشترى من ذى اليد ثم اقام السع قبل قبضه فينبغى على قديم ملك ذى اليد والله اعلم فصل في التنازع بالايدى قوله لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق والرق عبارة عن ضعف حكمى واليد عبارة عن القدرة وبينهما تناف فاذا ثبت الضعف انتفت القدرة كذا في الكافى وانه يشعر بان الرق ينافى اليد وفيه كلام فيما اشار اليه في كتاب السير حيث قال واذا ابق عبد لمسلم ودخل دار الحرب فاخذوه لم يملكوه عند ابى حنيفة رحمه الله عليه وحمته واسعا انه قاله وان ظهرت يده الى نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط اعتبار يده لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بهذا اللفظ فلو كان منافيا لليد والرق باق بعد الخروج الى دار الحرب لزيد انه لا يثبت لذى اليد بعد الخروج ايضا وذكر في المضاربة ان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له ولهذا لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه فلو كان الرق منافيا لليد لم يكن للمولى فيه ذلك حيث لا قوله حيث اقر بالرق اشعار بان الرق قد يثبت باقراره ضمانه مشكل اذ الصبى ليس اهل للاقرار ايضا وفى الكافى قوله كيف يصح اقرار الصبى بالرق وانه من المضار والصبى لا يقرب الى المضار وبيعه من المضار قلنا ثبوته بدعوى ذى اليد لا باقراره وباقراره اندفع المعارض بهذا اللفظ قوله صاحب اليد انه ملكه انما عبر باعتبار ان الصبى لا يعبر وكونه في يده مع ان الصبى الحر العاقل في يد نفسه باعتبار سقوط يده على نفسه وسقوط يده باعتبار ثبوت رقه فكان اعتبار قوله بناء على ثبوت رقه بقوله لزم الدور نعم ان ثبوته باقرار الصبى وانه مشكل قوله ومن ضرورة القضاء له ببعضها انفصال كلمة اى ومن ضرورة ثبوت البعض لهما الانفصال بلا نزاع وثبوت كله لهما من حيث الظاهر وذلك ان البعض لاحدهما بانفاق بينهما فرد المختلف فيه الى المتفق عليه كما اذا تنازعا في احد زوجى الباب والزوج الاخر في يد احدهما يقضى له وفي ذلك استشهاد الظاهر وبهذا يسقط ما يراد اعتراضا على ظاهر لفظ الكتاب من ان البعض سابق الصالح للانفصال بالقضاء اذ لا في البعض المتفق عليه ولا بلا منازعة وان القضاء بالبعض لا يستلزم القضاء بالكل فانهما اذا تنازعا في دابة او غيرها وانما بالبينة يقضى بينهما نصفين فليس من ضرورة القضاء بالبعض القضاء بالكل ووجه السقوط ظاهر مما ذكرنا من ان الوجه ظاهر فصل في دعوى النسب لما فرغ عن دعوى الاموال شرع في دعوى النفوس وقدم دعوى المالك لكثرته قوله فان جاءت به لاقل من ستة اشهر قيد بذلك لانه لو جاءت به لستة اشهر او اكثر لا يثبت النسب الا اذا صدقه المشترى اما في الاكثر فالمسئلة مذكورة في الكتاب كما يجى انشاء الله واما في الستة اشهر فلا ذكر في الكافى انه اذا ولدت الامة بين اثنين لستة اشهر منذ اشتراها فادعى الولد احدهما والاخر امه معا صحت دعوة مدعى الولد لان دعوة الاستيلاد وبطلت في حق الاخر لان دعوة تحرير والاول اولى لانها اسبق وصار شايع

لان نسب المستولد ثابت

ام ولده صار نصيب الاخر ام ولد له ايضا ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها هذا كلامه وفيه اشارة الى ان الامة المشتراة اذا جاءت بالولد لستة اشهر كانت دعوة المشترى دعوة استيلاد وان هذا العلوق هو حينئذ يعتبر في ملك المشترى اضافة للحادث الى اقرب الاوقات لاستدعاء دعوة الاستيلاد وكونه العلوق في ملكه كما سيجى ان شاء الله تعالى والتصور ثابت بان اشتراها وسو نحا لطها بحكم النكاح او موقع الانزال الشراء ومتى كانت دعوة المشترى دعوة استيلاد وكان العلوق معتبرا في ملكه كانت دعوة البايع تحريرا لكون العلوق في ملكه وغير المالك ليس من اهله فلا بد من تصديق المالك فعلى هذا لفظ الكتاب من قوله ولدت سبعة لاقل مدة الحمل مذ بيعت فادعاه البايع فهو ابنه وهى ام ولده يحتاج الى التاويل لان اقل مدة الحمل ستة اشهر وقد ذكرنا ان دعوة البايع اذا جاءت بالولد لستة اشهر مذ بيعت دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهلها فلا بد من تصديق المشترى فيراد من قوله لاقل مدة الحمل لاقل من مدة الحمل ويراد بمدة اقل المدة وهى ستة اشهر ليكون المعنى لاقل من ستة اشهر ولكن القصد الى هذا من قوله لاقل مدة الحمل يشبه اللعان والله اعلم بحقايق الاحوال قوله الاتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه ولا يقال لو كان ذلك شهادة ظاهرة على لوجب ان يثبت نسب ولد الامة من مولاها بلا دعوة قوله لان الظاهر عدم الزنا وقد يقال كون الظاهر عدم الزنا لو يوجب ان يكون العلوق من البايع لاحتمال ان يكون من زوج زوجها البايع منه فكانه اراد ان الظاهر عدم الزنا ولا يتقدم الزنا الا ان يكون العلوق من المولى او من زوج زوجها منه لكن النكاح ليس بظاهر فيحمل على كونه من المولى مع ان احتمال الوطى من المولى اظهر من احتمال النكاح اذ الامة لا تخلو من وطى المولى عادة بخلاف التزويج فانه بالنسبة الى الوطى نادر قوله الاستناد الى وقت العلوق فان قلت دعوة المشترى ايضا تستند الى وقت العلوق ولهذا يثبت النسب منه ولو لم يستند لم يثبت لانه انما يثبت اذا كان العلوق منه قلت بان الاصل في دعوة المشترى التى هى دعوة التحرير انما هو التحرير والدعوة في حق التحرير لا تستند الى وقت العلوق وان كانت تستند اليه في حق ثبوت النسب وامية الولد والاصل في دعوة البايع وانه دعوة الاستيلاد وانما هو ثبوت النسب وامية الولد والدعوة في ذلك مستندة والاعتبار في كل واحد من الدعوتين للاصل وباعتباره دعوة الاستيلاد مستندة ودعوة التحرير مقتصرة وكنه لا ينبغى علينا لان المعارضة انما وقعت في النسب وبهذه الدعوة في حق النسب مستندة الى وقت العلوق سواء كانت دعوة استيلاد او تحرير فتامل فكانه اراد سبب دعوة الاستيلاد وهى كونها مملوكة وقت العلوق وسبب دعوة التحرير كونها مملوكة في الحال ولا خفاء ان الاول سابق فكانت الدعوة المبتنية عليه سابقة به حكما والثانى مسبوق فكانت الدعوة المبتنية عليه مسبوقة حكما والسابق حكما اولى من المسبوق حكما قوله لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا اى انتفى وجدان اتصال العلوق بملكه انتفاء يقينا غير مشكوك فقوله يقينا متعلق بنفى

عندهما وبالاكساب يملكه عند الامام

الفعل لا بالفعل المنفي او متعلق بالفعل المنفي اذ الموجب لصحة دعوة البايع بلا تصديق المشتري
انما هو اتصال العلوق بملكه بيقينا فاذا انتفى ذلك لم تصح دعوته سواء كان انتفاؤه بالسبق لعدم اتصاله
بملكه او بكونه مشكوكا قوله فيحمل على الاستيلاد بالنكاح اجيب اذا كان الاستيلاد بالنكاح
محتملا وجب ان يثبت النسب بلا تصديق المشتري قوله بلا تصديقه انما يشترط لان له حق
الدعوة لاتصال العلوق بملكه وليس للبايع حقها فلا تعمل دعوته الا اذا اسقط المشتري له من
الحق والا يكون دعوته مبطلا لحق المشتري في الدعوة وابطال حق الغير لا يجوز الا برضاه فلم يوجد
الحجة الموجبة لصحة دعوة البايع وهو اليقين باتصال العلوق بملكه قوله لتضاد فيهما
واحتمال العلوق في ملكه فان قلت كما يحتمل العلوق في ملكه يحتمل في ملك المشتري ايضا فاذا انفقا
على كون الولد ابن البايع فمع ذلك احتمل ان يكون العلوق في ملك البايع فيعتق الولد وتصير الام
ام ولد وتبطل البيع ويحتمل ان يكون في ملك المشتري ويكون الاستيلاد من البايع بالنكاح ولا يعتق
الولد ولا تصير الامة ام ولد ولا تبطل البيع فينبغي ان لا يعتق ولا تصير الامة ام ولد ولا يبطل البيع بالشك مع ان
العلوق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات وجودا والاقرب هنا ملك المشتري اجيب بانه لما
دار الاستيلاد بين ان يكون بملك اليمين او بملك النكاح وملك اليمين كان تاما للبايع بيقين فكان
الحمل على الاستيلاد اولى من حمله على الاستيلاد بملك النكاح الذي هو غير ثابت قوله وقالا يرد حصته
الولد ولا يرد حصة الام الى قوله وعندهما متقومة فيضمنها قوله ام الولد اذا بيعت وماتت
في يد المشتري كانت مضمونة بالقيمة عندهما دون الثمن على ما مر في باب البيع الفاسد فجاز ان يكون حصتها
من الثمن اكثر من قيمتها فيقع المقاصة بقدر القيمة ويجب على البايع رد ما زاد عليها انما يرد شيئا من حصتها
اذا كانت حصتها مثل قيمتها او اقل وقوله ولا يرد حصة الام يشعر بانه لا يجب عليه رد شيء من حصتها
وانه على الاطلاق ليس بمستقيم فكانه اراد ولا يرد جميع حصتها ولا شك ان رد جميع ما يخصها من الثمن لا يجب
على البايع لوجوب المقاصة بالكل ان كانت قيمتها مثل حصتها او اكثر او بالبعض ان كانت اقل منها واما ما
فلا يجب عليه رد جميع ما يخصها من الثمن انما يرد بعض ما يخصها فيما اذا كانت قيمتها اقل من حصتها فلفظ الكتاب
ساكت عنه غير متعرض له لا نفيا ولا اثباتا فان قلت وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه ويرد عليه بحصته
من الثمن لان الولد كان موجودا في البطن وقت البيع وبالانفصال صار مقصودا فكان له قسط من الثمن كذا في الكافي
قلت لان الولد بمنزلة الوصف للجارية حتى يدخل في بيعها بلا ذكر ولا يصح استثناؤه من العقد وقد قالوا
بان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن الا اذا صارت مقصودة بالتناول كالقبض والاستهلاك
والانفصال من الام ليس من التناول في شيء فلا يقابله شيء من الثمن فالاولى ان يقال ان الولد
صار مقصودا هاهنا بالاستهلاك البايع بدعوته الموجبة لحرية الولد من وقت العلوق وهذا الاستهلاك
منه كالاستهلاك قبل القبض من حيث ان البيع ينفسخ بالاستهلاك قبل القبض فكان مقصودا
بالتناول فيكون له حصة من الثمن كما لو استهلك قبل القبض قوله وليس اي ثبوت امية

لولد الامة من ضروراته اي من ضرورات ثبوت نسب الولد لانها لم يكن من ضروراته وجب ان لا يثبت امية
الولد لها اذا ادعى البايع الولد قبل اعتاق المشتري الام ايضا وليس كذلك لانه اذا ادعاه قبله
صحت دعواه وصار الولد ابنه وصارت الامة ام ولده ويبطل بيعه مع ان فيه ابطال ملك المشتري قوله
صيرورة الامة ام ولد من احكام ثبوت نسب الولد وليس من ضروراته ايضا صارت ام ولد له مطلقا فاذا كان من احكامه
دون ضروراته قلنا متى ادعى قبل اعتاق الام صارت ام ولد له ومتى ادعى بعد الاعتاق لم يصر ام ولد له
عملا بالامرين هكذا ذكر في الشرح والاولى ان يقال ان نسب الولد من المولى انما يوجب امية الولد التي
هي عبارة عن ثبوت حق الحرية لها اذا كانت الام مرقوقة لان محل الاعتاق وتوابعه انما هو المرقوق
فاذا كانت الام حرة عند ثبوت نسب ولدها لم يعمل بثبوت نسبه منه فيها لان الحرة ليست بمحل لعمله
وانما لا تصير الامة ام ولد للمغرور لان الموجب لامية الولد فيها انما هو انعلاق حرا وولد المغرور ان كان يتعلق
حرا في حق المغرور فهو يتعلق رقيقا في حق المستحق حتى يجب قيمته له فلا تظهر هذه الحرية الثابتة في حق الام
بوجه في حق الام فلا تصير ام ولد وبالجملة ان انعلاق الولد حرا انما توجب امية الولد اذا كانت الام
رقيقة عند الدعوة وكان الولد حرا مطلقا اما اذا كانت حرة او كان الولد حرا من وجه رقيقا فلا توجب
امية الولد للام قوله وكما في المستولدة بالنكاح بان قالت امراة تزوجني فانی حرة فتزوجها
فولدت له ولدا ثم استحقت كذا في الشرح قوله لان هذه الصورة احدى صورتي ولد
المغرور صرح به المصنف رحمه الله تعالى فيما بعد حيث قال فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين
او نكاح فتلد منه ثم تستحق فلو فرض صورة المستولدة بالنكاح على هذا الوجه لكان تكرارا فالاولى ان يقال
في صورته انه اذا استولد امة الغير بنكاح ثبت نسبه منه ولا تصير ام ولد وهكذا ذكرت الصورة في الكافي
قوله ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت للبايع في الام حق الحرية وفي الولد للبايع
حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة فيقدم الحقيقة في الرعاية على الحق فيبطل الحق بمعارضة الحقيقة لئلا
يؤدي الى ترجيح المرجوح وترجيح المساوي باطل فترجيح المرجوح اولى ان يبطل وهذا فيما اعتق المشتري
الام ظاهر واما اذا دبرها فيجب ان لا يترجح التدبير على الاستيلاد في الام اذ الثابت بكل من التدبير والاستيلاد
انما هو حق الحرية لا حقيقة العتق بل الاستيلاد اقوى من التدبير لانه يوجب العتق مجانا والتدبير انما يعتق
ويخرج من الثلث قلت هو لا يحتاج كما ذكرنا في فصل الموت لان البايع لما ادعى الولد فقد اقر بكونها ام ولد
له وان عليه رد جميع الثمن فيعامل معه باقراره وفي المبسوط وهذا قول بعض المشايخ وليس
بصحيح لانا لو جعلنا الجارية ام ولد للبايع يبطل بيعها واعتاقها من المشتري ويبطل ولاءه وذلك ممتنع
فاذا لم يبطل البيع فكيف يسترد كل الثمن واقراره بكونها ام ولد له بطل بتكذيب الشرع والاقرار متى اتصل
التكذيب به من الشرع يصير وجوده كعدمه الى هذا اشير في بعض الشروح ويمكن ان يجاب بان تكذيب
الشارع انما يبطل الاقرار فيما صح رجوعه عنه اي اما فيما لا يصح عنه فلا يبطل اشار الى هذا المعنى في
المبسوط في موضع آخر حيث قال وان كان له اي للغلام نسب معروف لا يثبت نسبه منه ويعتق

وهذا بخلاف قوله لامرأته هذه بنتي وهي معروفة النسب من الغير لكونه مكذبا شرعا ولو اكذب نفسه بان قال غلطت
لايقع الفرقة وان لم يكن نسب معروف فكذلك اذا صار مكذبا شرعا وههنا لو اكذب نفسه في حق ما لا نسب له كان
العتق ثابتا فكذا اذا كان مكذبا في النسب شرعا هكذا نقل الشارح من المبسوط فيما تقدم فعلم ان تكذيب الشرع
انما يبطل فيما يصح تكذيب نفسه فيه دون ما لا يصح وامومية الولد مما لا يصح الرجوع عنه كالعتق فلا يقوم تكذيب الشرع
فيها مقام تكذيبه وايضا ذكر في الذخيرة في الفصل الثاني من كتاب الوكالة ان الاقرار انما يبطل بالقضاء بخلافه
اذا كان القضاء بالبينة اما اذا لم يكن القضاء بالبينة فلا الا يرى ان المشتري اذا اقر ان البايع قد كان
اعتق العبد قبل البيع وكذبه البايع فالقاضي يقضي بالثمن على المشتري للبايع ويحكم بعتق عبد المشتري و
حيث قضى على المشتري بالثمن فقد كذبه في اقراره بعتق العبد ومع هذا لا يبطل الاقرار بعتق العبد لما لم يكن
التكذيب بالبينة هذا كلامه وههنا ايضا لم يثبت التكذيب من القاضي بالبينة فيجب ان لا يبطل ذلك الاقرار
فيسترد الثمن وايضا ذكر في الكافي في باب الرجعة ان الاقرار انما يبطل بتكذيب الشرع اذا لم يتعلق به حق الغير
اما اذا تعلق فلا الا يرى ان من اقر بعبد لانسان ثم اشتراه ثم استحق من يده وحصل الثمن بالتسليم الى المقر له
وان صار مكذبا شرعا لانه تعلق باقراره حق الغير وقد تعلق ههنا حق المشتري في استرداد كل الثمن على البايع
لاقراره بكونها ام ولد له فلا يعمل فيه التكذيب ويدل عليه ما ذكر في نوادر هشام قال سألت محمدا عن غلام ادعاه
رجلان اقام احدهما بينة انه اشتراه من صاحب اليد بالف درهم منذ سنة واقام الاخر بينة انه اشتراه منه
بمائة دينار منذ خمسة اشهر وصاحب اليد يقول بعته من صاحب السنة وقضى القاضي بالغلام لصاحب الالف لان وقته
اول وسلم الغلام اليه ثم وجد به عيبا ورده على المقضي عليه بالقضا فقال صاحب المائة ان اخذ الغلام لانك اقررت
انك بعته مني وصاحب العبد باع وبقول القاضي فسخ العقد بيني وبينك لا يكون فسخا وله ان يأخذ باقرار البايع
قلت او زوجها منه ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض يحتمل النقض فينقض ذلك كله هذا مستقيم في
في الفصول المذكورة سوى فصل التزويج اذ لا منافاة بين التزويج وكونها ام ولد للبايع لصحة تزويج
فلا يحتاج الى نقض النكاح لصحة الدعوة كما يحتاج لصحتها الى نقض الرهن لان ام الولد ليست بمحل للرهن اراد
بالنقض ابطال العارض تزويج ام ولد الغير ان كان لعقل الانعقاد بلا استطلاع لانه قوله ينفذ فلما صحت
دعوته وظهرت انها ام الولد له بطل لفساد التزويج وان لم يبطل انعقاده وقد يقال انه خرج ابن البايع وتزوجها
من ابنه يبطل بعد صحته وصيرورتها ام ولد له حيث يظهر انه تزوج موطوءة ابيه فيثبت نسب الاخر وحرية الاصل
فيه ضرورة لانهما توأمان خلقا من ماء واحد فيستحيل ان يكون احدهما كذا في الكافي قوله لو باع المولى
احد التوأمين ثم ادعى ابوه الذي عنده صارت الجارية ام ولده بالقيمة ويثبت نسبهما وعتق الذي
في يده ولا يعتق المبيع [illegible] فيه من اسقاط ملكه بخلاف النسب لانه لا يتقرر به فرق بينه وبين البايع
اذا كان هو المدعي بان سبب دعوة البايع الشرا وهو العلوق في ملكه فاذا اعلقا احدهما حرا بدليل
هو حجة على المشتري تعدى الى الذي اعتقه فيبطل اعتاقه فيعتق فوقه منه فان قال البايع في
لصاحب المائة حد الغلام واني هو فلما يعي ان بازنه فان قال صاحب المائة صيح قضي بالغلام لصاحب

اهـ

الالف قد فسخ البيع بيننا لم يكن فسخا الان يقول اجيبك الى ذلك ان يفسخ القاضي كذا في الذخيرة في الفصل
السادس والعشرين من كتاب الدعوى فمتى كان الاقرار المتصل به تكذيب الشرع كعدمه مطلقا وجب
ان لا يؤخذ البايع في هذه المسألة باقراره بالبيع من صاحب المائة لان القاضي كذبه في هذا الاقرار حين قضى
بالبيع من صاحب الالف لسبق وقته فظهر ان البيع لصاحب المائة كان فضوليا والفضولي ان يفسخ
قبل الاجازة وكذا للمشتري منه ان يفسخه فينبغي ان يصح الفسخ من كل منهما في هذه المسألة وحيث
لم يصح علم ان تكذيب الشرع لا يبطل الاقرار مطلقا بل اذا لم يتعلق به حق الغير قلت لان هنالك
يبطل العتق مقصودا لدعوة البايع قوله لو صحت الدعوى في الولد الواحد يبطل اعتاق
المشتري بظهور الحرية الاصلية فيه والعتق يحتمل البطلان به كما برهن المعتق على انه حر الاصل
على ان العتق انما يبطل في ضمن ثبوت نسب الاخر فكانه اراد ان عتق المشتري في الولد لو بطل
لبطل لحق دعوة البايع في المعتق وانه لا يحتمل البطلان لذلك لان حقه فيه معارض بالحقيقة
التي للمشتري والحق المعارض بالحقيقة ساقط العبرة فاما بطلان عتق المشتري لحق دعوة
البايع في غير المعتق فجائز لانه ليس بمعارض بالحقيقة فلا بد من اعماله ومن ضرورته ثبوت
نسب الاخر وحرية الاصل فيه وانه يبطل الاعتاق العارض ومعنى بطلان العتق مقصودا لحق
دعوة البايع هو بطلانه لحق دعوته في المعتق ومعنى بطلانه ضمنا لحق دعوة البايع
هو بطلانه لحق دعوته في غيره ويبقى الفرق على ان حقه في المعتق معارض بالحقيقة وفي غيره
سالم عن معارضته وبعبارة اخرى ان نقض حقيقة العتق لحق الدعوة باطل اذ الحق
لا يعارض الحقيقة لظهور حرية الاصل في المعتق جائز لان حر الاصل لا يحتمل الاعتاق وفيما
اذا كان الولد واحدا لو بطل اعتاق المشتري بدعوة البايع لبطل حقيقة الاعتاق لحق
دعوته والحق لا يعارض الحقيقة واما اذا كان احد التوأمين في يد البايع والاخر قد اعتقه المشتري
فاعتاق المشتري هناك لا يبطل لحق الدعوة بل لضرورة ثبوت حرية الاصل في المعتق
والعتق يحتمل البطلان لظهور حرية الاصل فيه وذلك انه لما وجب اعمال ما للبايع من حق
الدعوة الى الولد الذي في يده لانه غير معارض في الحقيقة ثبت فيه نسبه وظهر انه حر الاصل
وان اثبت حرية الاصل فيه ثبت في الاخر ضرورة ومن ضرورة ثبوت الحرية الاصلية فيه
بطلان عتق المشتري احسن ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يثبت نسب الولد الذي عنده
ولا يثبت نسب الولد الذي باعه كذا في الجامع المنسوبة الى مولانا شرف الدين وهو
يخالف ما ذكره الشارح نقلا عن الفوائد الظهيرية اذا لم يكن اصل العلوق في ملكه والمسألة
بحالها يثبت نسب الولدين من البايع ايضا لان حكم التوأمين لا يختلف في حق ثبوت النسب
ويعتق الذي عند البايع على البايع وعتق المشتري على حاله لا يبطل لان هذه دعوة تحرير لا دعوة
استيلاد لافتقار دعوة الاستيلاد الى اتصال العلوق بملكه بدعيه فصار كان البايع اعتقه وقد نص في الكافي

بثبوت نسب التوأمين جميعًا في هذه الصورة ويدل عليه ما اذا اشترى الرجل احدى التوأمين واشترى
ابوه آخر فادعى الذي في يده انه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتق الذي في يد الآخر ايضا لان المدعي
ان كان هو الاب فالآن ملك اخاه فيعتق عليه وان كان المدعي هو الابن فالاب ملك حافديه
فيعتق كذا ذكر الامام التمرتاشي محالا الى الشافي فلو لم يثبت نسبهما من الذي يدعي احدهما فيما اذا لم
يكن العلوق في ملك المدعي لم يعتقا في هذه الصورة بدعوة احدهما اخذا لا بن انما يملك
اخاه اذا ثبت نسبهما من المدعي الذي هو الاب وكذا الاب انما يملك حافديه اذا ثبت نسبهما من المدعي
الذي هو الابن فعلم ان ثبوت النسب احد التوأمين يوجب ثبوت نسب الآخر من المدعي وان لم
يكن العلوق في ملكه فان قلت لا وجه لما ذكر في الحاشية ان التوأمين لا ينفكان نسبا الا كلاهما
معا واحدا ولا لما ذكر في الشرح والكافي اذ لو ثبت نسب البايع فيما باع وجب ان ينفسخ البيع
ويبطل الاعتاق حيث يظهر به باع ابنه قلت بان دعوة البايع فيما اذا لم يكن العلوق في
في ملكه دعوة تحرير والاصل في هذه الدعوة هو التحرير من حين ملكه اما النسب فيثبت لضرورة
صحة هذه الدعوة في حق التحرير وما ثبت بالضرورة لا يتعدى الى غيره فلا ثبوت نسب من في يد
المبيع وهذا هو وجه ما ذكر في الحاشية واما وجه ما ذكر في الشرح والكافي فهو ان النسب فيما في يده ان يثبت
لضرورة صحة الدعوة في حق التحرير فالثابت بالضرورة يثبت مع لوازمه التي لا ينفك عنه ونسب احد التوأمين
يستلزم ثبوت النسب في الآخر لا ينفك عنه ابدا فيثبت نسبه ايضا غير ان الاعتاق والبيع لا يبطلان لان
بطلان البيع والاعتاق ليس من لوازم ثبوت النسب فلا يظهر في انفساخ البيع وبطلان الاعتاق اما اذا
كان العلوق في ملك البايع فالنسب يثبت من البايع مقصودا فيتعدى الى بطلان الاعتاق
فافترقا ووجه آخر ان العلوق اذا كان في ملك البايع كان حجة الدعوة وهو اتصال العلوق
في ملكه يقينا ظاهرة في حق المشتري فيتعدى اليه فيبطل اعتاقه واذا لم يكن العلوق في ملكه
لم يكن للبايع حجة ظاهرة في حق المشتري فيعتبر حقه تحريرا مفيدا ولو حرر البايع احدهما يتعدى الى الآخر ونظيره
ما اذا باع احد التوأمين ثم ادعاهما اب البايع ولم يعتق المبيع لما فيه من ابطال ملكه الظاهر بخلاف
النسب لانه لا يتضرر به فرق بينه وبين ما اذا كان البايع هو المدعي وكان العلوق في ملكه بان سبب دعوة
البايع ثابت في حق المشتري وهو العلوق في ملكه فاذا علق احدهما حرا بدليل موجه على المشتري تعدى الى
الذي اعتقه فيبطل اعتاقه بعتق فوقه وههنا حجة الاب التملك وهو ثابت في حق البايع دون المشتري فجعل
في حق المشتري كتحرير مبتدأ لعدم الحجة في حقه واحد التوأمين ينفرد عن الآخر في التحرير المبتدأ كذا في الكافي
ولكنه يشكل بان الدعوة التي لا حجة فيها للداعي على المشتري اذا لم يظهر في حق المشتري في ابطال ما يتعلق به
حقه لزم ان لا يبطل البيع وملك المشتري فيما اذا باع احد التوأمين الذين لم ينطقا في ملكه ولم يعتقه
المشتري حتى ادعى البايع للذي في يده كما لا يبطل البيع والملك في مسئلة دعوة اب البايع وغاية ما يمكن ان يقال
ان حق الدعوة للمالك والعلوق في ملكه اقوى والعلوق ليس في ملكه ثم حق الدعوة للمالك بحكم الملك اقوى من حق الدعوة

لمن التملك للاب فيظهر حق الدعوة من جهة وهو العلوق في ملكه في بطلان الاعتاق والبيع والملك ومن غير جهة
يظهر فيما يحتمل البطلان بعد الثبوت وهو البيع ولا يظهر في الاعتاق الذي لا يحتمل النقض واما الدعوة لحق التملك
فلا يظهر في شيء من ذلك والله اعلم ويمكن ان يحمل ما ذكر في الحاشية على انه لا يثبت نسب الآخر ثبوتا مطلقا
بحيث يظهر في بطلان البيع واعتاق المشتري فحينئذ يوافق ما في الكتب من ثبوت نسب التوأمين جميعا
من البايع في هذه الصورة ولكن الحاشية الموسحة الملونة عند قوله فيعتصم على محل ولاية وهو
الذي في يد البايع فيثبت نسب الولد الذي عنده ولا يثبت نسب الذي باعه هذا لفظها فقوله
يثبت نسب الذي عنده ولا يثبت نسب الولد الذي باعه واول الكلام يتوقف على ما يبطل والله اعلم
قوله لان هذه دعوة تحرير لان اصل العلوق لما لم يكن في ملك البايع كان الدعوة دعوة
التحرير فكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر والتوأمان ينفصل احدهما عن الآخر في الاعتاق وليس من ضرورة عتق
احدهما بدعوة البايع ابطال البيع وابطال عتق المشتري في الآخر كذا في الشرح وفيه نظر لان قوله هذا ابني اذا
كان مجازا لقوله هذا حر ينبغي ان يثبت نسب البايع في واحد من التوأمين كما لو قال هذا حر والمسئلة
بخلافه لما ذكرنا في نسب الولدين يثبت من البايع وبالجملة فان النسب كما يثبت في دعوة الاستيلاد يثبت في دعوة
التحرير ايضا الا انه لو جاءت الجارية المبيعة بالولد لاقل من ستة اشهر من يوم بيعت فادعاه المشتري يثبت نسبه
حتى لو ادعاه البايع بعد ذلك بطلت دعوته مع ان دعوة المشتري دعوة تحرير لعدم اتصال العلوق بملكه
فلو كان قوله هذا ابني في دعوة التحرير مجازا عن هذا حر لم يثبت فيها النسب من المدعي وحيث يثبت علم
انه يجري على حقيقته فكانه ارادانه بمنزلة المجاز عن هذا حر لان الثابت به الحرية الطارية حيث يعتق عليه
من حين ملك كما انه لو كان مجازا عنه لكان الثابت الحرية الطارية على الرق لا انه مجاز حقيقة قلت لان اصل
العلوق لم يكن في ملكه وحاصله ان العلوق وان كان في ملك المدعي استيلادا اذ الموجب لثبوت حق هذه الدعوة
انما هو ثبوت له وكون الولد منه في الظاهر وان لم يكن العلوق في ملكه سلكا حادثا له بعد العلوق فدعوة دعوة
تحرير اذ الموجب لثبوت حق هذه الدعوة انما هو ثبوت الاقرار بالحرية من حين الملك لانه لما ثبت له حق الاقرار بالحرية
من حيث الملك ثبت له حق اثبات النسب لنفسه لانه لا يعتق عليه من حين الملك الا اذا ثبت نسبه منه فيكون
ثبوت النسب له فرعا لثبوت الاقرار بالحرية من حين الملك قوله ثم قال هو ابني الى ان قال لانه لو قال
ذلك متصلا فهو ابن المقر اشار اليه في الكافي في اول المتفرقات من كتاب الاقرار حيث قال احد
سيدي طفل لا يعبر عن نفسه هو ابني وابنك ووصل او عكس او ابنا ثبت نسبه من المقر صدقه شريكه او كذبه
لانه لما قال هو ابني ثبت نسبه منه لعدم المانع من الفساد وقيام الولاية عليه وكذا اذا عكس لانه ذكر في الآخر
كلاما يغير اوله فيجعل الكل كلاما واحدا كالحق في الشرط وصار كانه قال هو ابننا فثبت النسب منه ولا يثبت من الآخر
وهكذا لو فصل بالسكوت وبدا بنفسه وهذا ظاهر ولو بدا بشريكه ثبت من شريكه وان كذبه شريكه لا يثبت
من احد عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى رحمة واسعة وعندهما يثبت من المقر اصله انه اذا اقر بنسب ولد امته
من عبده وكذبه العبد ثم ادعى لنفسه لا يصح عنده خلافا لهما هذا كلامه ولقائل ان يقول ان الاقرار لنفسه

بعد الاقرار لشريكه ابطال لاقراره لشريكه لتعذر الجمع بين الاقرارين اذ النسب لا يحتمل الشركة فاذا ثبت
احدهما بطل الاخر وكذا يبطل بالثاني ما ثبت للاول من حق التصديق والابطال لا يكون بيانا وان كان
موصولا فينبغي ان لا يثبت من المقر النسب من المقر فيما اذا كان قال هو ابنك وابني قوله
وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة
لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه وهذا التعليل لا يكاد يستقيم فيما اذا كان
المقر له ميتا لعدم احتمال التصديق منه مع انه لو اقر لميت ثم ادعى لنفسه لا يصح دعوته بالاجماع
فالاولى في التعليل ان انه اذا لم يصدقه ولم يكذبه لم يرتد اقراره بل بقي صحيحا لان صحة الاقرار لا يتوقف
على القبول وان كان يرتد بالرد فاذا كان الاقرار صحيحا غير مردود لم يصح دعوة المقر بعد ذلك ثم قد
يشكل الفرق بين ولد الملاعنة والولد الذي انعلق عند البايع ببيعه من حيث ان ولد الملاعنة
لا يثبت نسبه من غيره لان للملاعن ان يكذب نفسه فيثبت النسب منه والولد المتعلق في ملك البايع
يثبت نسبه من المدعي بدعوته مع ان للبايع ان يدعي نسبه فيثبت منه كما ان للملاعن ان يكذب
نفسه بالدعوة فيثبت النسب منه ووجه الفرق ان المشتري كالبايع من حيث ان له حق دعوة التحرير كما
ان للبايع حق دعوة الاستيلاد فلا يجوز ابطال احد الحقين بالاخر فابطالها بعدم دعوة يثبت النسب منه
لعدم المزاحم اذ المجاز لا يزاحم الحقيقة ومتى ادعى المشتري يثبت نسبه منه حقيقة فلا يعارضه ما للبايع
من حق الدعوة بخلاف غير الملاعن فانه لم يثبت له حق الدعوة كما يثبت للملاعن لوجود العلوق في فراشه
وعدمه في فراش غيره قوله ولا اقرار بمثله يرتد بالرد اي لا يلتحق بالعدم فيبقى الاقرار
بالنسب في حق صحة التصديق فان قلت فكيف يعمل فيه الاكراه والهزل وهما لا يعملان فيما يرتد بالرد قلت
فانهما لا يعملان في رد الاقرار بالنسب بعد ثبوته بل في منع صحة الاقرار باعتبار وقوعه دلالة
على وجود المخبرية والاكراه والهزل يدلان على عدم المخبرية فيمنعان صحة الاقرار الا انهما يبطلانه بعد
وقوعه صحيحا ثم الدليل على ان الاقرار بما لا يحتمل النقض لا يرتد بالرد ان المشتري اذا اقر ان البايع
كان اعتق ما باع وكذبه البايع فانه لا يبطل ذلك ولكن يعتق على المقر كذا في الكافي واستدل
في بعض الحواشي بما اذا اقر بحرية عبد انسان وكذبه المولى لا يبطل اقراره حتى لو اشترى بعد ذلك يعتق عليه وفيه
نظر لان المكذب في مسئلتنا هو المقر له وفي مسئلة الشراء هو من وقع الاقرار عليه وجاز ان يبطل الاقرار
بتكذيب من وقع له لانه حقه فيبطل بابطاله ولا يبطل بتكذيب غيره لعدم تمكنه من ابطال حق الغير فافهم
تنفا سانه قوله كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه قلت هذا يشعر
بانه لا خلاف في هذه المسئلة وذكر في الذخيرة ما يدل على انه على الاختلاف ايضا حيث قال واما اذا كذبه المقر له
ثم ادعاه لنفسه قال ابو يوسف رحمه الله عليه رحمة واسعة ومحمد رحمهما الله تصح دعوته لان اقراره قد بطل
بتكذيب المقر له فالتحق بالعدم وقال ابو حنيفة رحمة الله عليه رحمة واسعة لا يصح لان تحت اقراره شيئين
ثبوت النسب من المقر له وخروجه عن دعوى هذا النسب وتكذيب المقر له يتصل بثبوت النسب لا بخروجه عن

دعواه

دعواه وعلى هذا اذا ادعت امرأة انه تزوجها وان هذا الصبي الذي في يدها منه فشهد رجلان على الزوج فردت
شهادتهما ثم ان احد الشاهدين ادعى ذلك الصبي لنفسه لا يصح دعوته عند ابي حنيفة رضي الله عنه هذا كلامه
ولكن خروجه عن دعوى النسب باقراره للغير لا يربو على نفيه عن نفسه صريحا ولو نفاه ثم ادعاه صحت دعواه لان
مبناها على الخفا والتناقض في مثله عفو قوله وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه
بعد التكذيب يثبت النسب منه قلت قوله في ترجيح صاحبه بخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق
به حق المقر له على اعتبار تصديقه اشارة الى ان المقر له اذا كذب لا يبقى له حق التصديق والامام يمنع هذا الفرق
على قولهما فيكون بقاء حق التصديق بعد ما كذب عين النزاع فلا يصلح دليلا قوله وكذا تعلق
حق الولد قلت الرواية منصوصة في حاشية البزدوي في حاشية بحث الحقيقة والمجاز ان الرجوع
عن النسب قبل تصديق المقر له صحيح مع ان فيه ابطال حق الولد على اعتبار تصديقه فكذا هاهنا يجب
ان يصح رد الاقرار وان كان فيه ابطال حق الولد على اعتبار تصديقه وذلك ان النسب حق المقر كما
هو حق الولد فيجوز له ان يبطل حقه وان كان فيه ابطال حق الولد ضمنا وايضا لو تعلق به حق
المقر له وحق الولد وكان دعوته لنفسه ابطالا لذلك الحق وجب ان لا يصح دعوته لنفسه متصلا ايضا
بان قال هو ابنك وابني وليس كذلك كما ذكرنا قوله ولو سلم فالولا قد يبطل باعتراض
الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وصورته معتقة جاءت بولد لستة اشهر من وقت الاعتاق
او اكثر وابوه عبد كان ولاء الولد لموالي الام ثم اذا اعتق الاب جر ولاءه الى مواليه وفيه بحث وذلك
ان الولاء انما يحتمل الانتقال باعتراض الاقوى اذا ثبت باعتاق ضمني كما في الصورة المذكورة واما
اذا ثبت باعتاق قصدي فالولاء لا يتحول الى قوم الاب ابدا ونظيره ما اذا جاءت المعتقة
بولد من عبد لاقل من ستة اشهر من وقت الاعتاق كان ولاءه لمواليها ثم اذا اعتق الاب لم ينتقل ولاءه
الى موالي الاب لانه معتق باعتاق قصدي اذ اضافة الاعتاق الى الام اضافة الى جميع اجزائها فكان
الاعتاق مضافا الى قصدا بخلاف ما اذا جاءت بالولد لستة اشهر او اكثر لعدم تيقن العلوق
وقت الاعتاق فيعتق تبعا للام لا مقصودا فيتحول الولاء الى قوم الاب اذا اعتق والكلام
هنا في الاعتاق القصدي حيث قال المشتري للبايع انت اعتقته فكذبه البايع ثم قال انا اعتقته
وولاء الاعتاق القصدي لا يحتمل الانتقال وانما يحتمله اذا كان الاعتاق ضمنيا لا مقصودا والله اعلم
قوله ولا تعارض اي بين الدعويين اعني دعوى الرق ودعوى النسب لانه يجوز ان يكون
عبدا لواحد وابنا لاخر حتى يثبت الترجيح بالاسلام كذا في الكافي قلت متى جاز ان يكون عبدا لواحد
وابنا لاخر لزم ان يجعل الغلام في مسئلتنا هذه عبد المسلم وابنا للنصراني لامكان ذلك ولكنهم لم يجعلوه
ابنا للنصراني حرا لان نظر الصبي في هذا ودفعه ان التدافع بين الدعويين متحقق وان انتفاء
التعارض انما هو باعتبار ان التعارض انما هو باعتبار ان النظر في جعله ابنا للنصراني او فيما ذكره
الشارح لا باعتبار انه لا تدافع بين الدعويين وان احدهما لا ينافي الاخر كما يشاغر ذكر في الكافي وذلك

وذلك لانه وان امكن ان يكون الصبي عبدا لرجل وابنا لاخر لكن لا يمكن هنا اعتبار قول كل من المسلم والنصراني لانه لو جعل عبد المسلم تحج
دعوة النصراني فيه الا بتصديق المسلم الذي هو مولاه لان للمولى حق الدعوة في مملوكه اما دعواه استيلاد ان كان في
العلوق في ملكه او دعوة التحرير ان لم يكن ومتى كان له حق الدعوة في صبي لا يصح دعوة غيره الا بتصديقه ولو جعل
ابنا للنصراني لم يصح جعله عبدا للمسلم الا بالبينة والا لزم ان يتمكن من انتزاعه من يده بلا حجة على ان جعله ابنا له
بلا تصديق من كونه عبدا له لاشتراط التصديق بتعذر كونه عبدا فجعله عبد المسلم واما للنصراني فقولها متعذر فلا بد وان يجعل
القول لاحدهما لا غير الا ان اعتبار قول النصراني في حق الصبي فقد شاه قوله ورجحناه على قول المسلم ولم ترجح بالاسلام
لانه يقتضي التعارض ولا تعارض لثبوت رجحان احدهما والترجيح بالاسلام يقتضي قيام التعارض وعدم الترجيح
بوجه آخر قوله ترجيحا للاسلام فان قلت لو ان غلاما نصرانيا في يد مسلم ادعى على رجل نصراني وامراة
نصرانية انه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة انه ابنهما واقام كل من الطرفين بينة فبينة الغلام اولى ولم ترجح
بينة المسلمين باسلامهما قلت انما رجحنا بينة الغلام لان البينتين استويا في الاثبات فان كلا منهما يثبت النسب
لوازم النكاح الا ان بينة الغلام يثبت حق نفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد لا للوالدين لان الولد يعير
اذا لم يكن له والد والوالد لا يعير اذا لم يكن له ولد وبينة من يثبت الحق لنفسه اولى بالقبول لانه اشبه
المدعيين قال النبي عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي فكان جنس البينات على المدعي ومن كان
اشبه به كان اولى بالقبول وايضا الرجلان اذا ادعيا الشرى من واحد ومع احدهما قبض فهو
اولى فكذلك هنا بينة الغلام اولى لانه صاحب يد كذا في ذكر في الشرح قوله وثبوت
النسب من الجانبين يتضمن فوايد جمة لا تحصى منها دفع العار فان لم تكن هذه المنفعة في جانب الولد
فليس سائر يحتاج في حلها الى نفسه الى البينة وكما ان دفع العار يختص بالولد فزيادة المحبة
والشفقة والادرار بالانس يختص بالوالد على ما لا يخفى وبينة ذي اليد انما تترجح لان اليد دليل تقدم
شرايه والتابع من الشراء يثبت اولى ولا يخفى ان يد الغلام لا يدل على سبق نسبه من النصرانيين
بترجيح بينته كما ترجح بينة ذي اليد في مسئلة الشراء فالاولى ان يقال لان البينات وضعت لاثبات
ما ليس بثابت فكلما كان المدعي خلاف الظاهر كانت البينة اقوى اثباتا وحينئذ كانت احق
بالقبول الا يرى ان البينة على فساد العقد ارجح من البينة على صحته فيجب ان يكون البينة
بينة من لا يقبل قوله لانه تثبت ما لا يثبت بقوله فكانت اقوى في الاثبات
وبينة المسلمين تثبت ما فيه الفطرة للمسلمين في جانب الاسلام وبينة الغلام تثبت ما لا يقبل
قوله كبينة الخارج وبينة ما لا يقبل قوله كبينة ذي اليد وبالجملة انه لا يلزم من قبول
دعوى المسلم ترجيحا للاسلام قبول بينته وترجيح بينته على بينة الكافر قوله وان لم تكن
منكوحة ولا معتدة مقيدة قال لو ثبت النسب منها فهذا يشير الى انها لو كانت منكوحة
ثبت لا يثبت النسب منها ايضا لكنه كما يثبت من زوجها وذكر في المحيط ان المنكوحة المراة
اذا كانت ذات زوج فاقرارها معتبر فيما بينها وبين المقر له حتى اشتركا اذا ماتت وليس لها وارث

سوى هذا المقر له يكون ميراثها له وفي الذخيرة في الفصل الرابع والعشرين من كتاب الشراء ادعت امراة من الشيوخ
صبيا انه ابنها وهو لا يعبر عن نفسه او يعبر الا انه صدقها لا يصح دعواها ولا يثبت نسبه منها ولو مات
المدعية او الصغيرة بعد ما عتقا لا يتوارثان وذكر في بعض روايات كتاب الدعوى يتوارثان
الا ان يكون لها نسب معروف فقيل ما ذكر هنا محمول على ما اذا كان لها وارث معروف لان
كلا اقر لصاحبه بالميراث او النسب وليس اعتبار اقرارها في حق الميراث ابطال حق على احد فالم يكن لهما
وارث معروف فيعتبر بخلاف اذا كان لان فيه ابطال حقه وقيل في المسئلة روايتان ووجه ما ذكر هنا
ان الاقرار بالمال هنا انما يثبت في ضمن الاقرار بالنسب فاذا لم يثبت المتضمن وهو الحال وفيه ايضا
في الفصل السابع من كتاب الدعوى ذكر في الجامع ان اقرار المراة بالولد جائز وذكر في دعوى
الاصل انه باطل لان النسب من الاب فيكون تحميلا عليه حكي عن الامام فخر الاسلام انما ذكر في الجامع
محمول على ما اذا لم يكن لها زوج معروف فصار اقرارها منصرفا الى الزنا فصار عليها خاصة
وما في الاصل محمول على ما اذا كان لها زوج معروف فيكون تحميلا عليه ومنهم من قال
في المسئلة روايتان قوله وولد المغرور حر باجماع الصحابة اي حر بالعوض باجماع
الصحابة رضي الله تعالى عنهم وقد روي عن عمر رضي الله تعالى عنه انه قضى على اب الولد
ان يفتدي اولاده الغلام بالغلام والجارية بالجارية اي الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية
اذا كان المراة الحرة للعوض صلح قوله وولد المغرور حر باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم
دليلا على كونه حرا بالقيمة قوله رقيقا في حق مدعيه فان قلت اذا كان الولد
رقيقا في حق المستحق وجب ان يعتق عليه اذا كان المستحق ذا رحم منه وكذا يجب ان يكون
الولاء للمستحق والمسئلة بخلافه اجيب بان ولد المغرور حر في حق غير المستحق في جميع الاحكام
وفي حق المستحق رقيق في حق الضمان حر في حق ما سواه فلا نظر في حق الولاء والعتق
المحرم لان الولاء والعتق ليسا في حق الضمان في شيء قوله فلا يضمنه الا بالمنع
فان قلت اذا احرز العقوق ولد مسلم او مكاتبته او مدبرته بدار فاستولدها ثم اسلم او صار
لها دخلت الى مولاها لانها لا تملك بالشيء فيكون ولدها ثابت النسب من المستولد لانه وطئها بشبهة ملك
فكان كولد المغرور وهو حر ثابت النسب ولا قيمة عليه وان استهلكه الموتى بالغرور لانه حال الوطء كان ثابتا وذا
يمنع وجوب الضمان باستهلاك سائر اجزائها حقيقة فكذا باستهلاك هذا الجزء فلو كان الضمان باعتبار المنع
والمنع انما يوجد يوم الخصومة لوجوب الضمان على المستولد لانه يوم الخصومة مسلم او ذمي فيمكن ايجاب
الضمان عليه فجوابه ان الضمان ان كان يجب بالمنع ولكن المنع انما يتحقق بعد الخصومة بالحرية والحرية سابقة
لانه تعلق حرا من جهة المستولد فيكون مانعا للولد من المستحق بعد الخصومة مستندا الى وقت الانعلاق لاستناد
المنع اليه والمستولد في هذه المسئلة حربي عند الانعلاق ومنع الحربي لا يوجب الضمان فيكون ولده حرا بالقيمة ثابتا بالاستناد
مقتضى وجه على ما عرف فاعتبر يوم الوطء في وجوب اصل الضمان ويوم الخصومة في اعتبار مقداره عملا بالجهتين الاستناد والاقتصار

فان قلت اذا كان الضمان بالمنع وجب ان لا يجب عليه الضمان اذا استولد ولد العبد في ولد ام الولد لا يضمن بالمنع حتى
لو غصب ام ولد الغير فولدت عنده ومنع الغاصب الولد من المولى لا يضمن والقيمة كما يجب في ولد الغنم يجب في ولد ام
الولد ايضا اجيب بان القياس ان لا يجب الضمان في ولد ام الولد عند ابي ح رحمه الله غير انا اوجبنا الضمان فيه
باجماعهم على حرية ولد المغرور بالقيمة من غير تفصيل بين ولد الغنم وغيرها وفيه نظر لان القيمة لا تجب
على المغرور في مسئلة العدو التي ذكرنا لقيام الدليل على عدم وجوبه فعلم ان اجماعهم على
وجوب القيمة مقيد بما اذا لم يمنع مانع عن ايجابها والمانع في ولد ام الولد موجود وهو عدم تقومها والتقوم
شرط لوجوب الضمان على ان هذا الاجماع لا يمكن اجراؤه على الاطلاق عند الله تعالى ابي ح رحمه الله عليه
فان المستولد لو كان عبدا ثم استحقت يكون ولده رقيقا فالجواب بان ضمان الولد ههنا ضمان احتباس
المالية عنده بالحرية وام الولد متقومة في هذا الضمان عند ابي حنيفة رضي الله عنه ايضا حتى ان ام الولد
النصراني اذا اسلمت يجب عليها قيمتها عليها لاحتباس لاحتباس ماليتها عندها او حصول الموجود
نقول مثل هذا الضمان لا يحتاج عنده الى التقوم بل يكفيه كونها محرزة على ما اشار اليه المصنف رحمه الله تعالى عليه
في الضمان حيث قال في مسئلة اسلام ام ولد النصراني ولان ام الولد ان لم تكن متقومة فهي محرزة وهو يكفي
لايجاب الضمان فلو كان هذا الضمان لا يحتاج الى التقوم ويكفيه الاحراز وجب ضمان ولد ام الولد في صورة
المغرور غير انه يجب على المغرور لان احتباس ماليته بالحرية جاء من قبل المستولد فيجب الضمان عليه
ثم لفظ الكافي ههنا مشكل حيث قال وانما اوجبنا القيمة يوم الخصومة لان الولد من زوائد الغصب انما يضمن
بالمنع كولد المغصوبة هذا كلامه فهذا يقتضي بان ولد المستولدة اذا استحقت من زوائد الغصب فيجب ان لا يجب
عليه قيمة ولد ام الولد لانها لا تضمن بالغصب عند ابي ح رحمه الله وقد ذكرنا انه لا فرق بين ولد ام الولد والغنم
في باب الغرور والله اعلم **قوله** ولهذا يعتبر قيمته يوم الخصومة فان قلت المكاتب اذا وطئ جارية
مكاتبة فولدت منه يلزم قيمته يوم الولادة وان كان المكاتب مغرورا قلت انه ليس بمغرور اذ المغرور من غره غيره
ولم يغره احد ولان الولد كما يولد يحكم بحريته فيوجد المنع فيكون وقت الولادة وقت المنع كذا في الشامل
وفي الجوابين نظر اما الاول فلان المغرور والمغتر المعتمد على الدليل سواء في هذا الباب لاستوائهما في العلة
فان كل واحد منهما لم يرض برق مائه غير ان المغتر لا يرجع بقيمة الولد على احد والمغرور يرجع على الغار على ان صاحب
الذخيرة صرح بان المولى يصير مغرورا في جارية المكاتب لماله فيها من حق الملك لانه له سبب الملك في اكتساب المكاتب
وهو ملك رقبته فعلم ان حق الملك يكفي لتحقق الغرور وهذا الغلط فعلم ان المغرور هو من غره غيره او اعتمد على دليل
من الملك او حق الملك واما الثاني فلان ولد المغرور محكوم عليه بالحرية بمجرد الولادة في جميع المواضع غير ان المنع
بالحرية انما يتحقق بعد الطلب اذ لا منع يتصور قبله بل الجواب ان المولى بوطئ جارية المكاتب يصير كالغاصب لولدها
في حق المكاتب لانه لما وطئها مع العلم بان المكاتب احق باجزائها وان هذا الجزء وهو الولد يصير ممنوعا عن المكاتب
بمجرد الولادة حيث يتعلق حرا لماله في اكتسابه من حق الملك فكانه يصير مستهلكا للولد في حق المكاتب بالوطئ فيعتبر
قيمته يوم الهلاك وهو الولادة كما يعتبر قيمته يوم القتل لو قتله الاب **قوله** فاخذ ديته فيدبه لانه ان لم يقبض

شيئا

وفي الكافي انه تعتبر
من الحمل بعد القيمة
يوم الولادة لانه ليس
بمغرور من احد فكانه
... له ... ان
المكاتب احق باجزائها
لانه كره جرا عليه فيعتبر
مستهلكا للولد ...
ويعتبر قيمته يوم الهلاك كما يعتبر
العدل لو قتله الاب كما في كافية ...

شيئا من ديته لا يقضى عليه بقيمته لانه لم يسلم له الولد بنفسه ولم يبدله فلم يصر مانعا للولد لا بنفسه ولا بمنع بدله وان قبض
من الدية قدر قيمة الولد يقضى عليه بقيمته لان الولد رقيق في حق المستحق وانما يشترط لايجاب الضمان على المستولد
للمستحق ان يسلم له بدله رقيقا وقد سلم له ذلك حين قبض قدر قيمته كذا في الذخيرة فعلى هذا لو قال واخذ قدر
قيمته من ديته لكان اولى لان الشرط هو اخذ قدر قيمته لا اخذ الدية **قوله** بتمامها
فيقوم قيمته ولكنه يضمن قيمته يوم القتل وكان ينبغي ان يضمن قيمته يوم الخصومة لان المنع بعد الطلب
انما يتحقق يوم الخصومة ومنع البدل كمنع المبدل ولكن ايجاب القيمة يوم الخصومة متعذر لانه لا قيمة للولد
فيه لانه ميت والميت لا قيمة له فاعتبرنا قيمته في اخر يوم يمكن تقومه اذا منع البدل وذلك يوم القتل بخلاف
ما اذا كان الولد قائما لان قيمته يمكن يوم القيمة الخصومة كذا في الذخيرة وقد يشكل بما اذا غصب مثليا
فهلك او انقطع المثل حيث يجب عند ابي ح قيمته يوم الخصومة لا يوم الانقطاع ولا فرق بين موت الولد
وهلاك المثلي توضيحه انه يمكن لنا تقويم الهالك والميت يوم الخصومة على تقدير كونه حيا يعني ان مثل
هذا الغلام لو كان حيا لم يكون قيمته

كتاب الاقرار

قوله اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق يعني انه ليس بتمليك مبتداء الا يرى ان الرجل اذا اقر بعين لا يملكه
صح اقراره حتى لو ملكه المقر يوما يؤمر بالتسليم الى المقر له ولو كان تمليكا لم يصح لانه لا يمكن تمليك ما ليس بمملوك ولان
الاقرار بالخمر للمسلم يصح ويؤمر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا لم يصح ولان المريض الذي عليه دين اذا اقر بجميع
ماله لاجنبي صح ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تمليكا لا ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم الاجازة ولان
العبد المأذون اذا اقر لغيره بعين في يده صح ولو كان الاقرار تمليكا لكان تبرعا من العبد وانه لا يجوز
منه في الكبير كذا ذكر في الشرح **قوله** الا يرى كيف الزم رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم
ماعزا الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها قال الشارح جعل الاقرار حجة في الحدود التي تندرئ بالشبهات
دليل على كونه حجة فيما لا يندرئ بها يعني احتمال الكذب لما لم يعتبر فيما يندرئ بالشبهة فالاولى ان لا يعتبر
فيما لا يندرئ بها وقد يقال لا يلزم من عدم اعتبار الكذب فيما يؤدي اقراره الى هلاك النفس عدم اعتباره فيما يؤدي
الى هلاك المال لان احتمال الكذب على النفس ابعد من احتماله على المال اذ المال لكونه وقاية النفس تابع لها
وايضا الاقرار مرة او مرتين او ثلث مرات ليس بموجب في الزنا انما الموجب هو الاقرار مرة رابعة
وفي سائر المواضع الاقرار مرة موجب فكيف يصح الاستدلال باعتبار الاقرار المؤكد بتاكيدات
على اعتبار غير مؤكد **قوله** وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه
بخلاف البينة لانها تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فيتعدى الى الكل كذا في الكافي وانه مشكل لان
القاضي لو قضى بالنتاج لذي اليد بعد ما اقام البينة عليه واقامها الخارج ايضا ثم اقام ثالث البينة على النتاج
يقضى له الا ان يعيد ذو اليد البينة على النتاج لان بينة ذي اليد ما قامت على هذا المدعي وانما قامت
على الاول فلم يصر الثالث مقضيا عليه بتلك القضية فعلم ان البينة انما تصير حجة على من ادعى
عليه دون غيره والا لا يتعدى الى غيره وانه لا يتعدى الى غيره اصلا فقوله فيتعدى الى الكل كما يلزم تامل

اقراره ص

فكانه اراد انه يتعدى الى الكل من يستلزم ثبوت الحق لرجل ثبوته في حقه كثبوت الرق في حق رجل يستلزم ثبوته
في امهات اولاده ومدبريه ومكاتبه فان الرق في حقه اذا ثبت بالاقرار اقتصر عليه ولم يتعدى الى هؤلاء
المذكورين واذا ثبت بالبينة تعدى الى هؤلاء ايضاً كالقضاء على رجل بالنتاج او بالملك
المطلق لاستلزام ثبوته لغيره فسواء ثبت ذلك بالبينة او بالاقرار ثم تعدى الى غيره من وجه اخر
ذكرناه عند قوله ان البينة حجة مطلقة فعليك به فان قلت وشرط الحرية ليصح الاقرار
مطلقا كانه اراد ليصح الاقرار مطلقا هو ان يؤاخذ به في الحال والا فاقرار العبد ايضا صحيح في حق نفسه
مطلقا حتى يؤخذ به بعد عتقه قلت لانه مسلط عليه من جهته لانه سلط عليه التجارة ولانه لو
التجارة الا بصحة اقراره فان الناس لو علموا ان اقراره ليس بمعتبر لم يبايعوه حيث لا يمكنهم الاشهاد
في كل تجارة ولان التأخير يلتزم حقوق الناس فلو لم يصح اقراره لضاع حقوق الناس وصار حقوقهم
واجبة فقلنا بصحة اقراره اما لحقوقهم وتمكينا له من الخروج عن عهدة حقوقهم قوله لانه مبقى
على اصل الحرية في ذلك لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية كونه مكلفا من خواص الادمية
كذا وجدت بخط شيخي رحمه الله عليه كذا في الشرح لو كان العبد في التكاليف مبقى على اصل
الحرية لوجب على العبد كل ما وجب على الحر وليس كذلك فان الجمعة والحج والجهاد فرض على الحر وليس بفرض
على العبد فعلم ان التكليف ليس من خواص الادمية بل من خواص كونه ادميا مالكا لمنافعه وقواه
والعبد وان كان آدميا فمنافعه ملك لمولاه ولهذا كان له ان يستخدمه وكان القياس ان لا يجب
عليه الصوم والصلوة ايضاً لان وجوب العبادة تستدعي القدرة ولا قدرة عليهم الا بكونه
مالكا لمنافعه حتى يتمكن من ان يصرف منافعه الى العبادة والعبد مملوك ذاتا ومنفعة الا ان الشرع
استثنى منافعه التي يتمكن بها من اداء الصوم والصلوة وابقاها في ملكه بخلاف غيرها من
العبادات فالاولى ان يقال ان الحد والدم يتعلق بحيوته وانه في حق الحيوة يبقى على الحرية حتى لا
يتمكن المولى من قتله فينفذ اقراره فيما هو خالص حقه والله اعلم قوله لان اقرار الصبي والمجنون غير
لازم لانعدام اهلية الالتزام فان قلت يشكل بما اذا كان صبي يعبر عن نفسه اي يعقل ما يقول في يد رجل فقال
انا عبد لفلان غير ذي اليد وقال الذي في يده هو عبدي فهو عبد للذي في يده لانه متى اقر على نفسه بالرق فقد
اقر بسقوط اعتبار يده فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول لذي اليد انه له ولا يقطع يده
الا بحجة وشهادة العبد ليست بحجة كذا ذكر في الكافي في فصل قبل باب دعوى ثبوت النسب
فقد صح اقرار الصبي في هذه المسئلة بالرق مع انه من المضار وما قيل في الكافي في جوابه من ان ثبوت الرق فيه
هنا بدعوى ذي اليد لانه لا يد له على نفسه فكان يد صاحب اليد ثابتة عليه شرعا فيكون القول قوله انه ملكه وهو بمنزلة
الثوب والبهيمة ففيه نظر لان نفاذ قول ذي اليد عليه باعتبار بطلان ذي يده وظهور يد صاحب اليد عليه ولا يخفى
ان ذلك ليس الا باقراره بالرق وثبوته لولاه لم يبطل يده على نفسه ولم يظهر يد غيره عليه ومن لم يقبل قول صاحب
اليد عليه فكان قبول قول ذي اليد انه ملكه مبنيا على ظهور يده عليه وظهوره على سقوط يد نفسه عليه وسقوطه على ثبوت الرق فيه

بقول

بقول ذي اليد لزم الدور فعلم ان ثبوت الرق فيه باقرار الصبي فيه وانه مشكل لانه ليس باهل للاقرار
الضار قلت لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن فان اقراره جائز بدين لرجل او بوديعة او بعارية او بمضاربة
او غصب ولا يصح اقراره بالمهر والجناية والكفالة لانها غير داخلة تحت الاذن اذ التجارة
مبادلة المال بالمال والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال والكفالة تبرع من وجه فلم يكن تجارة
مطلقة كذا في الكافي قوله اعتبر الكفالة هنا تبرعا حتى لم يجوز الاقرار بها من الصبي المأذون
واعتبر معاوضة في حق شريكي المعاوضة حتى لو كفل احدهما بامر المكفول عنه لزم صاحبه لكونها معاوضة
ولو عبرت تبرعا يلزم لان تبرع احدهما لا يلزم صاحبه فان قلت والاقرار اخبار عن ثبوت الحق
فيصح قلت الشهادة ايضا اخبار عن ثبوت الحق للمدعي مع ان جهالة المشهود به يمنع صحة
الشهادة لم يجعل حجة الا بعد العلم بالمشهود به قال الله تبارك وتعالى في محكم القرآن الا من
شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع فالجهل
لا حاجة له الى اداءها بل هو ممنوع عن ادائه فاما من عليه الحق فيحتاج الى اظهار ما عليه باقراره معلوما
كان او مجهولا لتعذر علم الاصل الحق وجهل قدر الواجب صفته ولان الشهادة لا توجب حقا الا بانضمام
القضاء اليها والقاضي لا يتمكن من القضاء الا بالمعلوم اما الاقرار فوجب بنفسه قبل اتصال القضاء به فاذا
حصل بالمجهول امكن ازالة الجهالة بالاجبار على البيان ولهذا لا يعمل الرجوع عن الاقرار ويصح الرجوع
عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها كذا ذكره الشارح رح قوله لان المجهول لا يصلح مستحقا
هذا التعليل لا يفرق بين ان يكون جهالة المقر له متفاحشة كأن يقول هذا لواحد من الناس او غير متفاحشة
هذا لاحد هذين الرجلين لان كلا من المجهول بجهالة متفاحشة والمجهول بجهالة غير متفاحشة لا يصلح
مستحقا يدل عليه انه اذا قطع رجل يد عبد او جرح ثم اعتقه مولاه ثم سرى الى النفس ومات منه
لا يجب بعد العتق شيء اي لا يجب دية العبد ولا قيمة للمولى لاشتباه من له الحق لان المستحق حال
ابتداء الجناية المولى وحال السراية العبد لحريته فجهالة المستحق في هذه المسئلة يسيرة اذ الحق دائر بين
العبد والمولى دون غيرهما فصار كالاقرار لاحد هذين مع انه منع الاستحقاق فعلم ان الجهالة
اليسيرة كالمتفاحشة ولكن ذكر في الذخيرة او جهالة المقر له انما يمنع صحة الاقرار اذا كانت متفاحشة
اما اذا لم تكن متفاحشة فلا ويحتاج الى ان يحلف لكل منهما اجيب فان لم يبين اجبره القاضي عليه
فان قلت كيف يجبره عليه والتجهيل قد يكون لجهله بالحق بان اتلف مالا لا يدري قيمته او جرح
جراحة لا يعلم ارشها او بقي عليه باقية حساب لا يحيط به علمه ولا جبر مع الجهل لانه يؤدي الى الكذب
قلت الظاهر من حال المقر هو العلم بالحق الذي يقر به فيجب عليه البيان وما ذكرت من انه قد يكون الحق
مجهولا فذلك احتمال اعتبر ليصح اقراره مجهولا اما القاضي فعليه ان يعتمد على الظاهر ولا يصدقه فيما هو محتمل
فان قلت وكذا لو قال غصبت منه شيئا قلت ما الفرق بين غصبت منه شيئا وبين بعت من فلان شيئا
او اشتريت من فلان كذا شيئا حيث يصح الاقرار بغصب شيء مجهول ويجبر على البيان ولا يصح الاقرار

المجهول

الجهالة اليسيرة كالمتفاحشة

بيع شيء مجهول ولا باجارة شيء مجهول ولا الجبر على تسليم شيء الحاصل ان كل تصرف لا يشترط لصحته اعلام ما صا
دفه فالاقرار به مع الجهالة صحيح كالغصب والوديعة فان الجهالة لا تمنع تحقق الغصب فان من غصب
البايع مالا مجهولا في كيس صح وكل تصرف يشترط لصحته اعلام ما صادفه فالاقرار به مع الجهالة لا يصح
كالبيع والاجارة فان من اقر انه باع من فلان شيئا او اجر من فلان شيئا او اشترى من فلان كذا بشيء
لا يصح ولا يجبر المقر على تسليم وهذا لان الثابت بالاقرار كالثابت معاينة ولو عاينا انه باع منه
شيئا مجهولا لا يجب تسليم شيء بحكم هذا البيع لكونه فاسدا فكذا اذا ثبت بالاقرار ولو عاينا انه
غصب منه شيئا مجهولا او اودع شيئا مجهولا في كيس يجبر على الرد فكذا اذا ثبت بالاقرار هذا
كلامه قوله سيأتي انه اذا اقر بان لفلان على الف درهم من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف
ويجعل قابضا للعبد ولو انكر قبضه ولو عاينا انه اشترى منه عبدا غير معين بالف لم يلزمه الالف
لفساد البيع فعلم انه جاز ان يكون حكم الاقرار على خلاف حكم المعاينة فلا يصح الحاق الاقرار بالمعاينة
كما الحق الشيخ رحمه الله هنا فالاولى ان يقال المجهول في حكم الهالك لانه لا طريق للوصول اليه فانه ما من
شيء يحضره المقر الا وللمشتري ان يقول المبيع غير هذا وهلاك المبيع يوجب بطلان البيع ولا اجبر على تسليم
مع بطلان العقد بخلاف الغصب والوديعة فانهما لا يبطلان بتعذر التسليم وكذا جهالة المبيع
يوجب فساد العقد والجبر على التسليم انما يكون في العقد الصحيح قوله يجب ان يبين
ما هو مال حيث يشير اليه انه اذا بين ان المغصوب زوجته او ولده لا يقبل بيانه وهو مذهب الاكثرين
ويقبل عند بعضهم لان لفظ الغصب يطلق على الزوجة والولد عادة والتمانع فيه يجري اكثر مما يجري
في الاموال قوله ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم ويقال يجب ان يجب درهمان
لان كذا كناية عن العدد واقله اثنان لانه عبارة عن نصف مجموع حاشيتيه وهو رواية الزهري وقال
يجب ان يلزمه ثلثة دراهم لان اقل عدد يذكر له التمييز ثلثة حيث لا تمييز لواحد واثنان بل يجب ان يلزمه احد عشر
لانه ذكر التمييز منصوبا واقل عدد يذكر تمييزه منصوبا احد عشر وفيه بحث اما عن الاول فلان لفظ كذا كناية
عن العدد بمعنى ما يعرف به كمية الشيء لا بمعنى نصف مجموع حاشيتيه واقله ما يعرف به كمية الشيء واحد
وذكر انه كناية عن العدد ولا محالة والعدد يطلق عند البعض على نصف مجموع حاشيتيه وعند
البعض على ما يعرف به كمية الشيء فاعتبار الاول يوجب ان يلزم اثنان واعتبار الثاني يوجب ان يلزم
واحد فيجب درهم واحد اخذا بما هو المتيقن واما عن الثاني فلانه لا يمكن الحاقه بالثلثة لفوات ما هو
لازم تمييزه وهو الجمعية والاضافة ولا باحد عشر لفوات تكرار العدد فاعتبر ظاهر مفهومه
وهو ان لفظ كذا مبهم بينه قوله درهما فصار كانه قال على درهم واما على امتناع التمييز المختص بلفظ
الواحد والاثنان فان قلت والقضاء يتلو الوجوب لكونه تسليم مثل الواجب ولا يتصور بدونه و
ودعوى الابراء كالقضاء لان القضاء اسقاط وهو انما يكون في مال واجب عليه وهذا يشكل بما ذكر في قوله
ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته

وذكر

وكذا على الابراء وقال زفر لا يقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فكان متناقضا
ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق يقضى ويبرأ منه فيكون دفعا للخصومة الا ترى انه يقال قضى باطلا
وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى هذا كلامه وجوابه ان القضاء والابراء يقتضيان الوجوب
بحقيقتهما غير ان الانكار السابق قرينة صارفة عنها فيحمل على المجاز الذي يستعمل له اللفظ في الجملة
ولا صارف هنا فيجري على الحقيقة وذكر ظاهر قوله انهم يستعملون تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا
بذكره عقيب العددين فان قلت هذا الدليل انما يأتي فيما اذا ذكر عددين واعقبهما بالدرهم
نحو ثلثة ومائة درهم ولا يتأتى في نحو مائتي درهم لانتفاء ذكر العددين ههنا فالدليل لا يوافق المدعى
قوله ههنا ايضا ذكر العددين معنى لان قوله درهم يدل على الواحد وهو العدد فكانه قيل
واحد ومائة درهم فان قلت قولنا مائة درهم وثوب في قوة واحد ومائة ثوب فيجب ان يكون الكل اثوابا
كما لو صرح بذكر العددين اجيب بان الحاجة ماسة الى اعتبار نحو مائة ودرهم بما لو صرح بذكر العددين
واعقبهما تمييز لكثرة الاستعمال فاعتبرناه به ولا حاجة اليه في مائة وثوب لعدم الكثرة على ما عرف
فاعتبرنا الظاهر ولم نجعله في حكم العددين قوله ووجهان القوصرة وعاء وظرف له
وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما اذا قال
غصبت اكافا على حمار حيث يلزمه الاكاف خاصة مع ان غصب الشيء وهو مستعلي على شيء لا يتحقق
الا بغصب ذلك الشيء اللهم الا ان يثبت العرف انهم يذكرون الجار في مثل غصبت من هذا المحل وغصب
الشيء من محل لا يوجب غصب ذلك المحل اما كلمة في في قولهم غصب تمرا في قوصرة فعلى الحقيقة
لعدم العرف هناك ثم ذكر في الزيادات ان القوصرة يطلق على التمر والظرف جميعا واليه اشار المص
رحمه الله في باب الوصية بالسكنى والخدمة وسيأتيك ان شاء الله تعالى وقوله ههنا القوصرة ظرف له
يدل على انه اسم للظرف ولا للظرف والمظروف جميعا الا ان يقال معنى قوله وعاء وظرف له انهما في قوله غصبت
تمرا في قوصرة جعل ظرفا للتمر وجاز ان يكون اسما للمجموع لكنه جعل ظرفا بارادة بعض المعنى فلا تدافع
قوله لزمه الدابة خاصة الظاهر انه اراد باللزوم هنا الدخول في الضمان اي ضمن الدابة دون الاصطبل
يشعر به التعليل بقوله لان الاصطبل غير مضمون فلو اريد لزوم تسليم لم يستقم التعليل المذكور لان الاصطبل
وان كان لا يضمن بالغصب فقد يجب على الغاصب تسليمه الى المالك قوله لان النفيس من الثياب
قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف قال الشارح في جواب محمد رحمه الله واما قوله لان النفيس
من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فهو منقوض على اصله فانه لو قال غصبت كرباسا في عشرة اثواب
حرير عند محمد رحمه الله يلزمه الكل في هذه الصورة مع ان عشرة اثواب الحرير لا يجعل وعاء للكرباس ثم لفظه
وفيه نظر لما عرف ان النقض عبارة عن تخلف المدلول عن الدليل اما تخلف الدليل عن المدلول فليس من
النقض في شيء وفيما نحن فيه انما هو تخلف العلة عن الحكم وذلك غير قادح فقوله منقوض ممنوع المراد من
النفيس العزيز النادر وجوده والكرباس في بعض البلاد يكون اعز من الحرير فيلف في عشرة اثواب حرير مبالغة

في خفظم **قوله** ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضاً قال الله تعالى فادخلي في عبادي فوقع
الشك والاصل براءة الذمم وقد يقال استعمال في بمعنى البين والوسط مجاز واستعمالها للظرف حقيقة
والحقيقة اولى واجيب في الحاشية بان الحقيقة هنا تركت بدلالة العادة فان العادة ان لا يجعل الثوب
الواحد في عشرة ولا يقال لو كانت الحقيقة متروكة بدلالة العادة لكان عدم اللزوم باعتبار انتفاء
الدليل عليه لا باعتبار الشك في دليله وقد اشار المصنف بقوله فوقع الشك الا ان انتفاء اللزوم
باعتبار وقوع الشك في دليل اللزوم لانا نقول انما يكون عدم اللزوم باعتبار انتفاء الدليل لا باعتبار
وقوع الشك ان لو تعين معنى الوسط بعد ترك الحقيقة وليس كذلك لاحتمال كذلك ان يكون بمعنى مع فيلزمه
احد عشر ثوبا واذا لم يتعين معنى البين مرادا احتمل ان يكون المراد معنى مع وان يكون معنى البين والاول
كان يوجب اللزوم والثاني لا يوجب فلا يلزم بالشك **قوله** فتعين الاول محملا ولقائل ان يقول
كيف تعين محملا والمجاز هنا غير متعين لاحتمال ان يكون كلمة في بمعنى البين وان يكون بمعنى مع والحمل على الحقيقة الا
اذا تعذر ولم يكن ثمة مجاز متعين يصير محملا فيما هو المراد حتى لا يجوز الحمل على احد المعاني المجازية الا بدليل
ولا دليل هنا على تعين ارادة معنى الوسط فكيف تعين الاول محملا الا ان يقال استعمال كلمة في في قولنا
لفلان علي ثوب في عشرة اثواب بمعنى البين متعارف والعرف يصلح معينا فالدليل الاول على هذا محمل
على تقدير تسليم عدم العرف والله اعلم **قوله** وقال الحسن رحمه الله يلزمه خمسة وعشرون لان الخمسة
في الخمسة المذروعات دون العدديات لان خمسة اذرع من الارض مثلا اذا تصور في خمسة اذرع منه كان الحاصل
خمسة وعشرين ذراعا اما في العدديات لو تصور خمسة دراهم مثلا في خمسة دراهم لا يكون خمسة وعشرون وذلك
ان معنى خمسة في خمسة خمسة طولا وخمسة عرضا والطول والعرض انما يتصور في المذروع فيختص به ضرورة على
الحزر عرف اهل الحساب دون العوام وجوب المسألة انما يكون على اعتبار عرف العوام فصل
قوله ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار بان وضعته لاقل من ستة اشهر
بان مات المورث والموصي وان وضعته لاكثر من ستة اشهر لم يستحق شيئا كذا في الكافي كان المناسب ان يقال
في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار وتلك المدة انما يكون بالوضع لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار
الا ان الوضع لاقل من ستة اشهر من وقت موت المورث او الموصي يستلزم الوضع لاقل من ستة اشهر من وقت
الاقرار اذ الاقرار للحمل بسبب الارث او الوصية لا بد وان يتاخر من موت المورث والموصي فاذا وضعت لاقل من ستة
اشهر من وقت موت المورث او الموصي فقد وضعته لاقل منه من وقت الاقرار المتاخر عن موتهما واما اختيار هذا
النفي لبيان انه كما لا بد من الوضع في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لا بد منه في يعلم انه كان قائما وقت موت
المورث او الموصي ايضاً **قوله** لانه بين مستحيلا فان قلت بانه رجوع وذا لا يجوز والجواب
ان الرجوع عبارة عن ابطال الحق بعد الثبوت وحق المقر له هنا غير ثابت بمطلق الاقرار اما عند ابي يوسف
فظاهر لان الاقرار للحمل لا يصح عنده ما لم يبين السبب الصالح فكان بيان السبب عنده تصحيحا للاقرار فاذا بين
سببا مستحيلا فقد امتنع من التصحيح والامتناع منه ليس من الرجوع في شيء واما عند محمد رحمه الله عليه فمطلق الاقرار

فصل في الاقرار بالحمل

وان كان

وان كان محمولا على السبب الصالح ولكن انما يحمل عليه اذا لم يكن في كلامه ما ينافي الحمل عليه اما اذا كان بان صرح بالسبب
الغير الصالح فلا فاذا لم يكن محمولا على السبب الصالح لم يتعلق بهذا الاقرار حق المقر له فلا يكون بيان سبب
غير صالح رجوعا واجاب الشارح عن هذا بقوله قلنا لا كذلك بل هو بيان سبب محتمل فقد شبهه على الجاهل
فيظن ان الجنين مما يثبت عليه الولاية فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين على ظنه ويبين سببه ثم يعلم ان
ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه هذا بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا ثم لفظه ولا يقال كما اعتبر
ظن الجاهل هاهنا ينبغي ان يعتبر فيما اذا قال لفلان علي الف من ثمن خمر او خنزير لان الجاهل قد
قد يظن ان بيع الخمر والخنزير جائز فيباشره فيقر بما يجب عليه على ظنه ويبين سببه ثم يعلم ان
ان ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه هذا بيانا لا رجوعا وسيأتي انه رجوع على قول ابي حنيفة رحمه الله
لانا نقول ظن الجاهل انما يعتبر اذا صادف موضع الاجتهاد او يكون في موضع الشبهة والظن بجواز
بيع الخمر والخنزير ليس في موضع الاجتهاد ولا في موضع الشبهة فلا يعتبر بخلاف الظن بثبوت الولاية
على الجنين فانه في موضع الشبهة لان الجنين كالمولود في بعض الاحكام حيث يجوز الوصية له وبه يستحق
كالميراث كالمولود فجاز ان يظن ان الولاية يثبت عليه كما يثبت على المولود فيكون هذا الظن كظن
الابن حل جارية الاب باعتبار اتصال المنافع والاملاك **قوله** ان الاقرار مطلقه ينصرف
الى آخره اعلم انهم ذكروا لابي يوسف رحمه الله عليه طريقين احدهما ما ذكر في الكتاب ويرد عليه انه
لو اقر بحمل جارية لرجل ولم يبين سببا صح عند ابي يوسف رحمه الله ايضا فلو كان مطلق الاقرار محمولا
على سبب التجارة لما صح الاقرار بالحمل مطلقا الا ان يقال مطلق الاقرار انما ينصرف الى سبب التجارة في الاقرار
بالديون لا في الاقرار بالاعيان والاقرار بالحمل اقرار بالعين فلا ينصرف مطلقه الى سبب التجارة نعم
يشكل بان الاصل في الاقرار هو ان يصرف مطلقه الى سبب التجارة ولكن اذا امكن صرف مطلقه اليه
يصرف اليه محافظة على هذا الاصل اما اذا لم يمكن صرفه اليه يجب ان يحمل على غيره تصحيحا للاقرار
بالقدر الممكن وفي اقرار العبد المأذون احد المتفاوضين يمكن العمل بهذا الاصل فيحمل اقرارهما على
سبب التجارة اما الاقرار للحمل فلا يمكن صرفه الى ذلك فينبغي ان يحمل على غير التجارة تصحيحا لكلام العاقل
ما امكن والثاني ان هذا اقرار احتمل الجواز والفساد وقد تعذر حمله على الجواز فيحكم بالفساد وذلك لان
للجواز جهتين الوصية والارث والجمع بينهما متعذر وليس احدهما باولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز
فتعين الفساد بخلاف اقرار العبد المأذون فان جهة الجواز هاهنا متعينة وهي التجارة وبخلاف الاقرار
بالحمل فان طريق التصحيح متعين كما سيجيء مما اشار اليه في الشرح والكافي ويرد عليه ان الاقرار بالحمل ايضا
سببين احدهما الوصية بان اوصى به لاحد لغيره والباقي الارث وذلك بان اوصى به رجل لغيره ثم مات الموصى له ثم وضع الحمل
كان الحمل لوارث الموصى له لا بالوصية اللهم الا ان يقال مثل هذا نادر فلا يزاحم الوصية نعم ان الحمل كما يملك بالوصية
يملك بالخلع وانها لو خالعت نفسها على ما في بطن امها صحت القسمة وكانت اسباب صحة الاقرار بالحمل متعددة كاسباب
صحة الاقرار للحمل على ان الاقرار بالملك لا يحتاج الى تعيين السبب حتى يبطل عند تزاحم الاسباب الا يرى انه لو اقر

واجيب

بعين لان ان يملك مطلق صح مع ان له اسبابا شتى فكذا الاقرار بالتمييز لا فارق بين الاقرار بملك العين والاقرار
بملك التين وجوابه ان هذا الوجه بناء على ما مر من مذهب ابي يوسف رحمه الله عليه من ان الاقرار بالحمل لا يصح
الا عند بيان السبب الصالح فكان تعيين السبب الصالح شرطا عنده فحيث احتيج الى تعيين
السبب وكان له سببان او اكثر تعذر التعيين لعدم الترجيح وبدون التعيين الاقرار باطل عنده
فاما عند محمد رحمه الله فمطلق الاقرار صحيح عنده ولا حاجة عنده الى تعيين السبب فلا تضر مزاحمة
الاسباب ايضا جميع اسباب الملك يوجب الملك للادمي المنفصل عن الرحم فلا حاجة فيه الى تعيين
بعض الاسباب حتى يتعذر التعيين للتزاحم اما في حق الجنين فبعض الاسباب صحيح وبعضها
غير صحيح فلا بد من تعيين الصحيح عن الفاسد والتعيين عند التزاحم متعذر لعدم الترجيح فبطل الاقرار
بالضرورة اما عند تعيين السبب لتعيين بلا تعيين فصار كانه نص عليه قوله لان له وجها صحيحا
وهو الوصية من جهة غيره قال الشارح وقد ذكرنا آنفا ان جهة الجواز اذا كانت متعددة لا يحمل على الجواز
لتزاحم جهات الجواز ولم يكن احدهما اولى في الحمل عليه من آخر اما اذا تعينت جهة الجواز فيحمل عليها
كما في هذه المسألة فان مزاحمة الميراث الوصية في حق الحمل غير صحيح لان الوارث اذا كان له نصيب في الحمل
كان له نصيب في الام ايضا لشيوع حقه في جميع التركة اما الوصية بالحمل لا تكون وصية بالام فتعينت الوصية
جهة للجواز فيجوز وهذا هو الفرق لابي يوسف رحمه الله عليه رحمة واسعة في صحة اقراره مطلقا بحمل الجارية
وعدم صحة اقراره بالحمل كان هناك لصحة الاقرار مطلقا جهتان الميراث والوصية وليس احدهما باولى فبقي على
البطلان ثم لفظ وفيه نظر لان الحمل قد يكون ميراثا بدون الام كما اذا اوصى بجارية لرجل واستثنى حملها
يصح الاستثناء ويكون الحمل ميراثا والجارية وصية صرح به المصنف في باب البيوع الفاسدة في مسألة ومن
اشترى جارية الا حملها حيث قال وكذا الوصية لا يبطل ولكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية
وصية فقول الشارح لان الوارث اذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب في الام ايضا ممنوع لجواز ان يكون
له نصيب في الحمل دون الام فيصلح الميراث ان يزاحم الوصية في الحمل فلا يكون جهة الجواز متعينة في هذه المسألة ايضا
والجواب ان الاقرار بالحمل لو حمل على الميراث لكان ذلك اقرارا منه بان الجارية من التركة لان كون الحمل ميراثا يستلزم
كون الجارية من تركة المورث فيستحقها الوارث ضرورة الا اذا ادعى المقر له الجارية له بوصية مورثه ويقيم على ذلك
بينة وكل ذلك لم يوجد ههنا فيعطى الجارية للمقر له ايضا لانه اقر بكونه وارثا وكون الجارية من تركة المورث
والتركة لا يستحقها الا الوارث اما غيره فلا يستحق الا بوصية من مورثه والمقر لم يدع الوصية لنفسه فيؤمر بتسليم
الجارية فلا يكون اقرارا بالحمل فقط فظهر ان صورة الاقرار بالحمل فقط ليس الا الوصية فتعينت محلا وهذا
معنى قول الشارح ان الوارث اذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب في الام ايضا وفيه نظر لان كون
الحمل ميراثا لا يستلزم كون الجارية من التركة لجواز ان يكون الحمل من الميراث ولم تكن الجارية من تركة المورث
كما اذا اوصى لرجل بحمل جارية فمات الموصي ثم مات الموصى له فالحمل يكون لورثة
الموصى له وراثة والجارية ليست من تركة المورث والمسألة مذكورة في الشرح

في الشرح في باب البيع الفاسد عند قوله والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد
اللهم الا ان يعتبر الندرة فان مثل هذه الحالة التي يكون الحمل فيها ميراثا ولا يكون الجارية من تركة المورث
على وجه فرضت نادرة على ما لا يخفى فلا يعتبر في تعدد جهات الجواز ثم ان الحمل كما يملك بالوصية
يملك بالخلع عليه ايضا فانها لو خلعت نفسها على ما في بطن امتها صحت التسمية والمسألة في الهداية
في كتاب الصلح عند قوله صلح مسمى فيه اي في النكاح خلع ههنا اي في الصلح عن دم
العمد فكانت اسباب ملك الحمل متعددة ايضا كاسباب الملك باب الاستثناء
وما في معناه قوله فان استثنى الجميع اي الجميع مفهوما لا صدقا حتى لو كان المستثنى كل
المستثنى منه وبعضه مفهوما صح الاستثناء نحو عبيدي احرار الا هؤلاء مشيرا الى جميع عبيده صح
لا يعتق واحد منهم بخلاف ما لو قال عبيدي احرار الا عبيدي حيث يبطل الاستثناء ويلزم العتق
في الكل قوله لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل ولا حاصل فيكون رجوعا والرجوع
عن الاقرار باطل موصولا كان او مفصولا لانه انما يصح موصولا ما يكون فيه معنى البيان لاول كلامه
والابطال ليس من البيان في شيء فلم يصح ولو كان موصولا كذا في المبسوط واعترض بان استثناء الكل لو كان
رجوعا لكان ينبغي ان يعمل عمل الرجوع فيما يصح الرجوع عنه كالوصية وليس كذلك فانه لو قال ثلث مالي لزيد
الا ثلث مالي كان الاستثناء باطلا وصحت الوصية بالثلث لزيد وقد يجاب بان هذا مبني على تقدير
تسليم صحة الاستثناء ومعناه ان هذا الاستثناء باطل لان الاستثناء تكلم بالحاصل ولا حاصل بعده فيكون
لغوا على تقدير صحته يكون رجوعا والرجوع في مسألة الاقرار باطل لكن اللفظ لا ينقاد الى هذا
المعنى قوله ايضا اي لو قال لفلان علي الف درهم ان شاء الله تعالى بطل الاقرار وههنا لا يبطل بل يبطل
الاستثناء لانه ابطال للاقرار عند محمد رحمه الله لا تعليق وابطال اول الكلام لا يصح وان كان الكلام موصول
الا يرى انه لو قال لفلان علي الف درهم على انه بالخيار لزم الاقرار وبطل الخيار ولانه مبطل للاقرار
فلا يصح وان وصل وعند ابي يوسف وان كان تعليقا فهو تعليق بشرط لا يوقف عليه فكان ابطالا معنى
والمبطل لا يعمل وان كان متصلا وجوابه ان في قوله علي الف درهم ان شاء الله وان يكن حرف الشرط
جزاء معنى والخبر وان كان متقدما صورة فهو متأخر معنى والتقدير ان شاء الله فله علي الف درهم فيكون
ما هو المبطل للاقرار مقدما معنى والمبطل اذا تقدم يمنع الاقرار وان كان لا يرفعه اذا تأخر والاقرار
ان لا يحتمل الرفع بعد الثبوت فهو يحتمل المنع قبل الثبوت قوله اما ابطال وهو مذهب
محمد رحمه الله او تعليق وهو مذهب ابي يوسف رحمه الله هكذا ذكر الخلاف في الكافي حيث قال ومن اقر
بشيء وقال ان شاء الله تعالى متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان التعليق بمشيئة الله تعالى ابطال
عند محمد رحمه الله فيبطل عند انعقاده للحكم وعند ابي يوسف رحمه تعليق بشرط لا يوقف عليه فكان اعداما
من الاصل هذا كلامه وذكر في الحاشية الثانية الاختلاف على عكس هذا فجعل قوله ان شاء الله تعالى
ابطالا عند ابي يوسف رحمه الله تعليقا عند محمد رحمه الله وهكذا ذكر الشارح فقال وذكر الامام قاضي

فان اختلف ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في هذه المسئلة فقال ابو يوسف رحمه الله التعليق عنده الله ابطال وقال محمد رحمه الله هو تعليق بشرط لا يوقف عليه وانما يظهر ثمرة الاختلاف فيما اذا قدم المشية فقال ان شاء الله انت طالق عند ابي يوسف لا يقع الطلاق لانه ابطال وقال محمد يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط بذكر حرف الشرط لم يتعلق ويقع الطلاق من غير شرط فوقع هذا كلامه والله اعلم بما هو الصواب قوله فان كان الاول فقد بطل وهذا مشكل لان قوله ان شاء الله متى كان ابطالا كان رجوعا عن الاقرار كاستثناء الكل من الكل والرجوع باطل وان كان متصلا والاقرار صحيح وجوابه ما مر قوله اما الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لانه ان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط وانما يليق بالايجاب لانه يتبين به انه ليس بايقاع ما لم يوجد الشرط وكان ينبغي ان يجب المال كما في شرط الخيار الا ان التعليق يدخل على اصل السبب فيمتنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاد الغا الخيار وبقي حكم الاقرار بناء على السبب قوله فيكون تاجيلا لا تعليقا لان موته كاين لا محالة وكذا مجي راس الشهر ووقت الفطر حتى لو قالوا المراد به دخول وقت الفطر لا حقيقة الفطر حتى لو عني به حقيقة الفطر ينبغي ان لا يصح اقراره كذا في الكافي وهو مشكل لما ذكر في متفرقات الايمان حيث قال ولو قال لعبده حر ان حلفت بطلاق امرأتي حيث يتعلق الطلاق بفعله او فعل غيره او بمشية الله لوجود الركن وهو ذكر الشرط والجزاء وكذا لو قال انت طالق اذا جاء غد او اذا جاء راس الشهر حيث لانه علقه بمجي الغد فصار كالتعليق بالعدوم فان قلت مجي الغد متيقن الوجود فلا يصح شرطا قلنا كون شرطا غير متيقن فان احدهما لو مات قبل مجي الغد لا يكون شرطا لان الشرط ما يكون علما على نزول الجزاء فلا يتصور بدون الجزاء بهذا اللفظ فقد جعل التعليق بمجي الغد ومجي راس الشهر تعليقا لا تاجيلا والله اعلم بالصواب وفي الشامل ان الناس يعتاد ون بذكر هذه الاشياء محل الاجل فحسب فتركت الحقيقة للعرف فصار مقرا بدين موجل قوله لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء والبناء في ملكه فصح الاقرار به لغيره ما يتبع الارض لانه اقرار على نفسه بخلاف ما اذا قال بناء هذه الارض لفلان والارض لفلان آخر حيث يكون البناء للاول والارض لك لانه باطل صار مقرا بالبناء لا بتبيع الاقرار بالارض له ولكن بعد الاقرار به للاول فصار مقرا على غيره وانه باطل قوله معنى لا لفظا اي تبعا في الوجود يعني ان اسم الدار اسم لعرصة اوير دعليها الحيطان لا للعرصة والبناء جميعا قوله او الابيات منها لانه داخل فيه اذ البيت اسم لما يبات فيه من اجزاء الدار فكان جزءا للدار والجزاء داخل في الكل قصدا قوله وجوابه ما ذكر لان الثابت بتصادقهما كالثابت بمعاينة اي اذا اشترى معاينة ولم يقبضه قيل للبايع ان شئت فسلم المبيع وخذ الالف مثلا والا فلا شيء لك فكذا في الاقرار كذا في الحاشية وفيه نظر لان البيع اذا ثبت بالمعاينة فلا خيار للبايع في احضار المبيع وتسليمه عند نقد الثمن فكيف يقال له ان شئت فسلم العبد لان التعليق بالمشية يوجب الخيار وليس له ذلك بل يجبر على التسليم عند النقد على ان قوله ان شئت فسلم العبد وخذ الالف ظاهره يقتضي

وجوب

وجوب التسليم على البايع اولا والمسئلة بخلافه على ما مر في البيوع الا ان يقال المراد من قوله فسلم احضر للتسليم والبايع وان كان يجبر على الاحضار لكن بطلب من المشتري بان يقول انا اودي الثمن اليك فاحضر المبيع كي اتمكن من قبضه عقيب التسليم اما اذا لم يطلبه فالبايع مخير ان شاء احضر المبيع وياخذ الثمن من المشتري حتى ان شاء لم يحضره وما في الكتاب والحاشية محمول على ما اذا لم يطالب المشتري من البايع الاحضار ولا يريد النقد وبهذا يخرج الجواب عن الاعتراض الثاني ايضا لان البايع وان كان لا يطالب بالتسليم اولا فهو يطالب بالاحضار اليه ليتمكن المشتري من قبضه عقيب النقد قوله لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وفيه بحث لما ذكر في الذخيرة ان المدعى عليه ان قال علي الف درهم من ثمن خمر واقام على ذلك بينة لا يندفع عنه دعوى المدعي عند ابي حنيفة رحمه الله لان المسلم قد يجب عليه ثمن الخمر عنده بان يوكل ذميا بشرائها وعندهما يندفع دعوى المدعي لانه عندهما لا يجب ثمن الخمر على المسلم بحالة هذا كلامه ووجه الاشكال ظاهر الا ان يقال هذا اقامة الدليل من قبل ابي حنيفة على ما زعم ابو يوسف ومحمد رحمهما الله من ان ثمن الخمر والخنزير لا يجب على المسلم بحال واما لزوم الالف على زعم ابي حنيفة فظاهر فابو حنيفة كان يقول لزوم الالف على المقر على اصل ظاهر وكذا على اصلهما لانه رجوع والرجوع بعد الاقرار باطل او يقال انه بناء على قول من يقول بوجوب الثمن على الوكيل دون الموكل وعلى قوله بعدم اندفاع الدعوى اذا اقام المدعى عليه بينة ان الالف عليه من ثمن خمر غير مسلم قوله لابي حنيفة رضي الله عنه وقد يعلل من قبل ابي حنيفة بانه وان كان بيان تغيير فبيان التغيير متصلا انما يقبل اذا لم يكن مكذب اما اذا كان له مكذب فلا يقبل الا اذا كان اثبته بالبينة كما اذا اقر بالدين وادعى الاجل وانكر المقر له فان دعوى الاجل لا يقبل متصلا وان كان بيان تغيير لان له مكذبا وانه دعوى شيء لنفسه فادعى فيه قوله لزم قبول قول المدعي بلا حجة وانه باطل ودعوى الزيادة في الثمن كدعوى الاجل فيه لان كلا منهما دعوى امر عارض وللخصم ان يقول ان الاجل حق المشتري على البايع فاذا ادعاه فقد ادعى حقا لنفسه ومن ادعى حقا لنفسه على غيره لا يقبل قوله الا ببينة او باقامة اما ادعاء الزيافة في الثمن فليس بدعوى حق لنفسه على غيره بل هو بيان احد انواع الثمن لولاه لانصرف الى الجياد لانه المتعارف فهو بيان معتبر لا يتضمن دعوى شيء لنفسه على غيره فيقبل اذا كان به متصلا لانه انكار لوصف الجودة حقا للبايع لا ادعاء حق لنفسه فصار كما لو قال لفلان علي الف درهم وديعة يصدق لان اللفظ يحتمل الوديعة مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قوله ان هذا رجوع عما اقر ودعوى امر عارض فلا يقبل وان وصل كقوله علي الف الى شهر لان دعوى الاجل لا يقبل كذا في الكافي فان قلت لما كان رجوعا عما اقر كان دعواه متناقضا فيجب ان البينة عليه لانها انما يقبل على دعوى صحيحة اجيب بان الاقرار بالعقد ليس باقرار بجودة الثمن وكونه حالا ولزوم العقد حقيقة لكنه جعل مقرا به في الحكم نظرا الى الظاهر لا مطلقا بل ما لم يثبت خلافه بالبينة اذ لا عبرة بالظاهر مع التيقن بخلافه ولا منافاة بين جعله مقرا بجودة الثمن او اللزوم الى ان

ثبت خلافه بالبينة وبين اثبات خلافه بها وهذا لان العقد يحتمل ان لا يكون لازما بان يكون فيه خيار والثمن يحتمل ان يكون زيفا وان كان على خلاف الظاهر والبينات وضعت لاثبات ما هو محتمل غير ظاهر فلا بد وان يعمل البينة على الخيار والزيافة والاجل ويترتب جعل مقرا باللزوم والجودة الى ان يثبت خلافه بالحجة وبالجملة ان ابا حنيفة رضي الله عنه لا يجعل مقرا في مثل هذه المسائل مطلقا حتى يكون في دعواه بعد ذلك مناقضا بل موقتا الى غاية اقامة البينة على خلاف الظاهر
قوله والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد عليه الثمن فكان رجوعا فان قلت انها ان لم يكن ثمنا حقيقة فلا شك انها ثمن مجازا او صرف الكلام عن الحقيقة الى المجاز ليس برجوع اجيب باسماه رجوعا من حيث ان له حكم الرجوع في عدم قبول قوله بلا حجة وذلك انه وان كان بيان تغيير ولكن بيان التغيير اذا كان له مكذبا لا يقبل منه الا بحجة وكان كالرجوع بهذا الوجه وبهذا الوجه وهذا لانه لو كان رجوعا من كل وجه لم يقبل عليه البينة وانها مقبولة فعلم انه في حكم الرجوع في عدم قبول قوله ولكن يشكل الفرق بين قوله وهي ستوقة متصلا بقوله له على الف درهم من ثمن متاع وقوله وهي وديعة متصلا على الف درهم من حيث ان كلا منهما تغيير من الحقيقة الى المجاز اذ الستوقة ثمن مجازا فيحتمله قوله من ثمن متاع مجازا وكذا احفظ الوديعة واجب فيحتملها قوله علي بمعنى على حفظ ثم قوله وهي وديعة بعد قوله على الف درهم مقبول وقوله وهي ستوقة ليس بمقبول وينبغي ان يستويا في القبول او عدمه اما الفرق فيحتاج الى كثير تامل والله اعلم والاولى ان يقال انه ليس ثمن كما ذكر في الكتاب حتى يرد عليه ما ذكر من الاشكال بل هو رجوع ان المتعارف انما هو التعامل بالجياد والمعروف كالمنصوص ولو نص بالجياد ثم قال هي زيوف كان رجوعا كذا هذا قوله ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع وقيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناول الزيوف كما يتناول الجياد ولا ينصرف مطلقها الى الجياد فيكون دعوى الزيافة بعد ذلك بيانا فيصدق فيه وفي الكافي وقيل يصدق اجماعا اذا وصل لان صفة الجودة انما تصير مستحقة بمقتضى عقد التجارة فاذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة عليه هذا كلامه قلت العبد يقول اذا وصل يشعر بانه اذا فصل لا يصدق ولكن التعليل الذي ذكر فيه يشعر بان الزيافة بيان تقرير لا مطلق الدراهم لما لم ينصرف الى الجيادة بقيت محتملة للجيادة والزيوف جميعا فكان قوله وهو زيوف بيان تقرير وبيان التقرير يعمل موصولا ومفصولا قوله بخلاف ما اذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع لا عيب اذ العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة والبر قد يكون رديا في اصل الخلقة فكان نوعا وليس لمطلق مقتضى في نوع دون نوع فلم يكن في هذا تغيير موجب كلامه كذا في الكافي قلت كما ان البر قد يكون رديا في اصل الخلقة فالذهب والفضة ايضا قد يكونان رديين في اصل الخلقة نص عليه المصنف رحمه الله في كتاب الصرف حيث قال واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة واذا كان الغالب على الدراهم الذهب فهو ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما نعتبر في الجياد حتى لا تجوز بيع الخالصة منها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا

في الزيوف

في الزيوف وكذا لا يجوز ذلك في شيء منها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردي سواء هذا كلامه فعلى هذا لا فرق بين الحنطة والدراهم في ان الرداءة في كل منهما قد يكون خلقية والزيافة في الدراهم هي الرداءة لانه ذكر الزيوف بمقابلة الجياد ومقابل الجيد انما هو الردي فعلم ان الزيف هنا بمعنى الردي ولا فرق بين رداءة الحنطة ورداءة الدراهم حتى يكون احدهما والاخر عيبا جواب لان الزيافة ليست برداءة بل الرداءة بما تؤثر في زيافة الدرهم لان الزيافة على ما ذكر في الصحاح من قوله زيف نازوان سعدن درهم عبارة عن عدم الرواج وذلك غير الرداءة الا انها مما تؤثر في الزيافة فيكون الزيافة عيبا لكونها عارضا تخلو عنه اصل الخلقة وان لم تكن الرداءة عارضة وهذا الفرق انما يتم اذا كان القول فيما اذا قال على الف درهم من ثمن متاع هي ردية قول المتوكما في مسئلة الحنطة قوله وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولا يقال ان الاستهلاك قد يستباح كما اذا اصابته مخمصة فاستهلك مال الغير لان ذلك نادر واحكام الشرع تبتني على الاعم الاغلب وقد يشكل بان الاوث المشروعة ايضا فجاز ان يكون الدراهم التي يقر بها في الوزنة موروثا بان كانت دينا للموروث المقر له فمات وتركها ميراثا فلا يتعين العقود وجوابه ظاهر لان الاقرار للوارث اقرار للموروث في الحقيقة والاقرار للموروث متصرف الى العقود لا الى الاستهلاك المحرم قوله فيكون بيان النوع اي نوع المغصوب والوديعة لا بيان ما هو عارض فيها فان الزيافة وان كان عارضا وعيبا بالنظر الى ذات الدراهم فهو نوع من حيث انه مغصوب او وديعة يحتمل الجودة والزيافة على السواء من غير ان يكون احدهما اصلا والاخر عارضا قوله فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه فان قلت ينبغي ان يصدق في انكار القبض اذا قال دفع الى فلان الف درهم ولم اقبض ووصل بها به لا يصدق وان وصل اجيب بالمنع فعند محمد رحمه الله يصدق لان الرفع يذكر للتخلية مجازا فهذه النكتة بناء على قول محمد رحمه الله واما ابو يوسف رحمه الله فيقول الرفع لا يكون الا بالقبض حتى لا يصدق عنده في المسئلة المذكورة في انكار القبض لانه رجوع عنده هو اشار اليه بقوله ولو اقتضى ذلك اي لو اقتضى الدفع القبض كما هو مذهب ابي يوسف رحمه الله فالتقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاد سبب الضمان قوله فيكون عدما فيما وراء الضرورة قلت ذكر في الفصول نقلا عن فتاوى رشيد الدين اذا اجر دارا وسلم فغصبه من يد المستاجر انسان فدعوى المالك على الغاصب لا تصح بدون حضرة المستاجر لانه يدعي الملك لنفسه واليد للمستاجر فيشترط حضرته كلامه فلو كان يد المستاجر عدما فيما وراء الضرورة ما وجب ان يصح دعوى المالك على الغاصب من يد المستاجر قوله والاكثر مسئلة الوديعة فانه قال فيها كانت وديعة وقد يكون من غير صنعة كاللقطة امانة ووديعة في يد الملتقط وان لم يدفعها الى صاحبها وكذلك الثوب اذا هبت به الريح فالقته في دار انسان فانه وديعة عند صاحب الدار وان لم يدفع اليه صاحبها فثبت ان الاقرار بالوديعة لا يدل على اثبات اليد من قبله كذا في الشرح وقد ذكر الشارح في كتاب الوديعة امانة نقلا عن الامام بدر الدين الكردري مع ان الوديعة خاصة والامانة

الزيادة عدم الرواج غير الرداءة

واحكام الشرع تبتني على الاعم الاغلب

عامة فالوديعة هي الحفاظ قصدا والامانة هي الشي الذي وقع في يده من غير قصده بان هبت
الريح فالقته في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرا عن الضمان اذا عاد الى الوفاق والامانة لا
تبرا عن الضمان بعد الخلاف فهذا تصريح بان الوديعة لا يكون الا بالقصد فيشكل مسئلة
الوديعة **قوله** لان الديون تقتضي بامثالها سوى ههنا بين القرض وساير الديون وجعل ما يقبض
بالقرض مثلا وقد نص في باب السلم ان المرد وفي باب القرض حكم عين الماخوذ مطلقا وان قبض القرض
ليس بمبادلة بل هو اخذ عين حقه لانه دعاية كانه اعاد الدرهم ثم اخذ عينها حيث قال وفي السلم
ذكر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضا لم يكن قضاء
وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط
الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان
وهذا محمل الحديث والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع
لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء
وان لم يكن سلما وكان قرضا فامر رب السلم بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد
بلفظها فكان المردود عين الماخوذ مطلقا حكما ولا تجتمع الصفقتان هذا كلامه وفي الكافي في اخر كتاب قات
الاقرار مكاتب اقر لسيده بالف ولاجنبي بالف فقضى الالف من كتابته وهي الالف ومات فلا مال له غيرها
عتق لوجود الشرط وثلثا الالف تلسيده وثلثه للاجنبي لان الديون استوت فتقسم بالحصص ولو قضى
من مال سيده فالالف كله للاجنبي لانه مات عاجزا فسقط دين المولى ولو اقرضه اجنبي الفا درهم
فاقرضه سيده الفا فقضى سيده الفا القرض ومات سلم لسيده لان الاقراض اعارة فكان كاسترداد
العارية هذا كلامه فقد جعل في كل من المسئلتين رد القرض كرد الوديعة واخذه كاخذها وجعل
ههنا اخذ القرض اخذ مثل الحق لا عينه كاخذ ساير الديون فجعل اخذ القرض في المستقرض كاخذ
العارية في بعض المسائل واخذ مثل الحق في البعض مما لا يعرف له وجه **باب اقرار المريض**
قوله وهو الاقرار جعل الاقرار سببا مجازا والا فالاقرار دليل سبب لزوم المال حتى لو ادعى
المال بسبب الاقرار بان قال لي على فلان كذا لانه اقر لي به لم يصح **قوله** ولنا ان الاقرار لا يعتبر
دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير **فان قلت** الاقرار بالوارث من المريض صحيح مع انه يبطل حق ساير
الورثة **اجيب** بان اعتبار اقراره بوارث اخر ان كان يتضمن الاضرار بساير الورثة فعدم
اعتباره يتضمن الاضرار بالمقر له لانه يحتاج الى بقاء نسله والاقرار بالنسب جهة في اقراره فيملكه كما
يملك النكاح بمهر المثل وان كان يتضمن ابطال حق الورثة بل ابطال حق غرماء الصحة المقدم على
حق الوارث ودفع الضرر عن نفسه اولى من دفعه عن غيره **واجيب** عنه في الشرح بان استحقاق الوارث
المال بالنسب والموت جميعا احدهما وجودا فيضاف اليه الا يرى ان شاهدي النسب قبل الموت اذا
رجعا بعد الموت واخذ المشهود له المال لم يضمنا شيئا الا الدين فلا يجب بالموت بالاقرار كذا في المبسوط

والاسر

والاسر له **قوله** الا بعد الثلث وقع في غير موضعه لان حق الغرماء يتعلق بالكل من غير استثناء الثلث
انما يستثنى الثلث في حق الورثة حتى لو لم يكن محيطا صح تصرفه في الزايد على الثلث اذا لم يكن له وارث
ولم يمنع من التصرف تعلق حق الغرماء **قوله** بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية **فان قلت**
قضاء الدين ايضا من الحوائج الاصلية صرح بذلك في الكتاب من بعد فينبغي ان يصح اقراره بالدين
في المرض مع وجود دين الصحة لاحتياجه الى قضاء الدين كاحتياجه الى النكاح **قلت**
الاحتياج الى قضاء الدين انما هو لدفع الحائل بينه وبين الجنة فان غريم الدين حائل بينه
وبين الجنة لا يرتفع بصحة الاقرار بالدين لانه لو صح اقراره بالمرض تقاسم غرماء المرض غرماء
الصحة وحينئذ ذمته مشغولة ببعض دين الصحة وبعض دين المرض فلا يرتفع الحيلولة بينه وبين
الجنة فلا يندفع حاجته به فلا يبطل تعلق دين الصحة بتركته باعتبار اقراره في المرض بخلاف
النكاح فان حاجته تندفع به فيصح بمهر المثل **قوله** لانه من الحوائج الاصلية ولان بقاء النفس من
الحوائج الاصلية وليس له طريق الى ذلك الا بالتناسل وطريقه النكاح والمريض غير ممنوع عن
صرف ماله الى الحوائج الاصلية وان كان ثم دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية كذا
في الشرح وقد يشتبه بان النكاح لو كان من الحوائج الاصلية كالاغذية كان ينبغي الا يكون المنكوحة
اسوة الغرماء كالطبيب في بائع الغذاء وهي اسوة لهم **وجوابه** ظاهر وذكر ان حاجة بقاء النسل وان كانت
اصلية فهي دون حاجة الادوية الا يرى ان الاب ان يتملك مال ابنه لحاجة الاكل والشرب
او السكنى بلا قيمة وحاجة الاستيلاد يتملك بالقيمة فمن حيث انها اصلية قلنا يصح نكاحه بمهر المثل
والاقرار به ومن حيث انها دون حاجة الطعام قلنا يكون اسوة للغرماء على الاعتبارين جميعا
ثم يشكل بان النكاح ربما لا يحتاج اليه بان كان له نساء وجواري وربما لا يفضي الى التوالد
بان كان شيخا كبيرا لا يقدر على الجماع **وجوابه** ان النكاح في اصل الوضع موضوع لبقاء النسل ويحتاج
اليه لذلك والعبرة لاصل الوضع لا للعوارض **قوله** بخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء
تعلق بالمالية لا بالصورة وقد يشكل بان المبايعة بمثل القيمة لما صحت باعتبار ان حق الغرماء تعلق
بالمالية لا بالصورة لزم ان يصح للورثة القائمة مقامه ان يستخلص لنفسه العين باداء قيمتها الى
الغرماء والرواية منصوصة في الفصول الاسترو شنية ان للوارث استخلاص العين لنفسه باداء ن لو فدى ح
كل الدين لا بقدر قيمتها قياسا على ما اذا جنى العبد خطا فانه يتخير بين الدفع والفداء ولكن قد يجب
ان يفدى بارش المقتول لا بقدر قيمة العبد فكذا ههنا اللهم الا ان يمنع هذه الرواية على المنهج
والقياس على العبد الجاني غير مستقيم لان الواجب في قتل الخطا هو الارش على العاقلة العبد مولاه
فينبغي ان يجب الارش عليه غير ان له ان يدفع العبد لان في الجزع على اداء النفس استيصاله وههنا لا حق
للغرماء الا في مالية التركة وقد اوفاها الوارث اليهم اذا ادى قيمتها فانه يعلل بل ان يقول لما تعلق حق
الغرماء بالتركة وجب ان يكون لهم الخيار بين ان يبيعوا فيأخذون حقهم ناقصا معجلا او يستسعون العبد

ويشغلون الدار فيأخذون كل حقهم كالعبد المأذون اذا فضل الدين على ماليته فان للغرماء ان يبيعوه فيأخذوا حقوقهم
ناقصة معجلة او يستسعوه ويأخذوا تمامه مؤجلة وفي كل فائدة فلم يكن للمريض ولو اذنتم ان يبطل حق
كسبهم او الاستغلال للمولى ما يبيعه بغير رضاهم كما في العبد المديون المأذون اذا فضل الدين وهذا
يؤيد ما ذكر في الفصول فتأمل قوله وحالتا المرض حالة واحدة فالاقرار في حالتي المرض كلتيهما
في حالة واحدة كانهما وجدا معا فلا يظهر فيه التقدم والتأخر حتى لو اقر في الصحة او في المرض
بعين وديعة لفلان ثم اقر بها لاخر يؤمر بالدفع الى الاول ويضمن للثاني ان دفع الى الاول بغير قضاء
اشار اليه في الكافي وفي متفرقات الاقرار حيث قال البيع في يد رجل فيه الف درهم اقر ان النصف لفلان
ودفع اليه بقضاء ثم اقر ان نصفه لغيره فالباقي بينهما اي بين المقر والمقر له وقال زفر يدفع اليه كل ما في يده
لا يضمن عنده لان القاضي انما سلم باقراره ما ضيق اليه ولنا انه لا يجوز ان يضمن باقراره لان الاقرار
بمال الغير لا يوجب الضمان ولا بالدفع لانه فعل القاضي فصار كالثاوي وان دفع ما لم يجب بقضاء
فالقاضي للثاني لانه دفع باختياره فكان متلفا ولو كان مكان الاقرار بالوديعة فعند ابي يوسف رحمه
كذلك وعند محمد رحمه الله يضمن بكل حال لانه مأمور بالحفظ والاقرار ضده هذا كلامه فلو كان الاقرار ان
في حالتي الصحة او المرض كلتيهما في حالة واحدة لزم في المسألة المذكورة ان يؤمر بالدفع اليهما نصفين
ولا يكون ضامنا مطلقا سواء دفع الى الاول بقضاء او بغيره قوله اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل ان لا
حكم بان اشترى شيئا وعاين الشهود قبضه او استاجر شيئا بمعاينة الشهود وهذا اشكل لما سيأتيك
في كتاب الحجر ان هذه المعاني الثلاثة اي الصغر والجنون والرق موجب للحجر في الاقوال دون
الافعال لانه لا مرد لها اي الافعال لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها
موجودة بالشرع والشرع لم يعتبر التصرفات القولية الا بالقصد ولا قصد للصبي والمجنون وكذا لم
يعتبرها اذا تضمن ابطال حق الغير والاضرار به حتى لم يعتبر تصرف العبد المحجور لما فيه من الاضرار بالمولى
وهذا تصريح بان التصرفات القولية لها مرد في الشرع فكيف يقال هنا اذ المعاين لا مرد له والتصرفات القولية
وان كانت معاينة فلها مرد حتى ترد بالرق والصغر وكذا بالسفه عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فالمرض ايضا
من اسباب الحجر وقد ظهر سابقا وجود الحجر في الاقوال اجمع فكذا المرض حالا ولان يعلل بان حق الغرماء
متعلق بجميع الاموال وهو المالية لا باعيانها ولئن كان قد اخرج بعض الاموال الى هذه الوجوه فقد خلفها
مثلها في المالية وفي بعض هذه التصرفات ان ابطال حق غرماء الصحة وهو النكاح والاستئجار الا ان ذلك
من الحوائج الاصلية وهي مقدمة على حق غرماء الصحة الا يرى ان صاحبه ثمن الادوية واجرة الطبيب وكلفة
والتعبد وما اشبههما مقدم على حق غرماء الصحة كذا في الذخيرة قوله ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية
فان قلت لو كان قضاء الدين من الحوائج الاصلية لصح اقراره للوارث ايضا قضاء لحاجته الاصلية قلت
نعم ولكنه لم يجوزه بقوله عليه السلام لا وصية لوارث والاقرار له بالدين قوله ولانه تعلق حق الورثة بماله
في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا فان قلت قد سبق ان حق الورثة لا يتعلق بالتركة الا بعد الفراغ

في حاجة

في حاجته الاصلية باقراره الصحيح ظهر ان تركته غير فارغة من حاجته الاصلية فلا يكون فيه ابطال حق الورثة
لظهور ان حقهم لم يتعلق بها فينبغي ان يصح اقراره للوارث كما يصح للاجنبي قلت لا شك ان حق الورثة
قد تعلق بماله ظاهرا واقراره للوارث لا يصح دليلا على كون التركة مشغولة بحاجة الدين لمكان التهمة
في هذا الاقرار من حيث ان الوارث جزء منه ونفعه يعود اليه وجاز ان يؤثر بعض الورثة لفرط
محبته اياه بخلاف الاجانب اذ لا تهمة في الاقرار لان المرء لا يؤثر الاجنبي على جزئه عادة فيصح دليلا على كون التركة
مشغولة بحاجته الاصلية فلا يظهر حق للورثة مع ذلك قوله لانه لو تحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع
الناس عن المعاملة معه وقد يشكل بان هذا الوجه يقتضي ان يصح اقراره مع دين الصحة ايضا لان الان
قلما يخلوا عن دين الصحة فلو علم الناس ان اقراره مع دين الصحة غير جائز لامتنعوا عن المعاملة معه
وجوابه ان دين الصحة انما يمنع صحة الاقرار اذا كان مستغرقا للتركة والاستغراق نادر فلا يمنع الناس
عن المعاملة معه قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء جعله دليلا اخر معطوفا على قوله ولانه تعلق
بحق الورثة والظاهر هنا ترك الواو وجعله دليلا على التعلق كما ذكر في الكافي حيث قال ولانه اثر
بعض ورثته بشيء من ماله وهذا لان حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور امارات الموت فيه
والظاهر ان الانسان لا يحتاج الى مال لانتهاء امله عند اقباله على الاخرة فيظهر عند استغنائه حق
اقربائه ولهذا منع عن التبرع على وارثه اصلا فلو لم يظهر تعلق حق الغير لما حجر عن التبرع بماله فلم
يصح اقراره للوارث لانه يوجب ابطال حق الباقين هذا كلامه فقد جعل قوله لان حالة المرض حالة
الاستغناء دليلا على تعلق حق الورثة بماله وتعليق دليلا على بطلان اقراره لبعض الورثة ولم يجعله
دليلا اخر على عدم صحة اقراره سوى التعليق المذكور كما فعله المص وكيف يجعله كذلك والحال لا يصلح
دليلا اخر عليه بل دليل على التعليق الذي هو الموجب لبطلان اقراره لبعض الورثة على ما لا
يخفى وكانه عطفه على قوله ولهذا الا على الدليل الاول انما قلنا يتعلق حقهم لامتناع الشرع ولان الحال
قوله فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها بخلاف ما لو وهب لها هبة او اوصى لها
بوصية ثم تزوجها فانه يبطل لان ذا تمليك بعد الموت وهي الوارثة حينئذ كذا في الكافي قلت هذا
في الوصية مستقيم اما في الهبة فمشكل لما سيأتيك في الوصايا ان هبة المريض منجز غير مضاف الى
بعد الموت الا انها في حكم الوصية في حق الاعتبار من الثلث ومزاحمة اصحاب الوصايا في الضرب
ان الهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لانها وقعت موقع الوصايا لانه
تبرع يتعقبه حكمه عند الموت الا يرى انه لو وهب عبدا في مرض موته لاجنبي وهو كل ماله وسلم صحت
وكان ملكا للموهوب له ثم اذا مات في ذلك المرض وجب الفسخ في الثلثين حقا للورثة وفي الكل حقا للغرماء
فصار كالمعلق بالموت فقوله لان ذا تمليك بعد الموت معناه تمليك بعده اما حقيقة كما في الوصية او حكما كما في
الهبة والله اعلم قوله مقام العدة قلت قيام العدة لا يقرب التهمة الا من حيث انها من اثار النكاح فكانت المعتدة
كالمنكوحة والاقرار للمنكوحة مما يتهم فيه فكذا للمعتدة التي هي في حكم المنكوحة ولكن يجب هذا ان يتهم بالاقرار في العدة

وان كانت الطلقات الثلث في صحة الزوج ثم مرض فقضي في العدة قوله خلعه اقدم على هذا الطلاق
ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها فان قلت كيف يصح الاقرار لها بالزيادة بعد الطلاق وامرة المريض
ترث في العدة وان طلقها ثلثا وفرضت المسئلة في العدة حيث قال وهما متهمان لقيام العدة
فالحال بعد الطلاق وقبلها سواء حيث ان الاقرار لها كما لا يصح قبل الطلاق لا يصح بعده ايضا
لانها وارثة في الحالين قلت مطلقة المريض انما ترث في العدة فا طلقها بغير رضاها وسوالها
الطلاق فلا ترث بالاتفاق والمراد بقوله ومن طلقت زوجته في مرضه بسوالها الطلاق سوالها بدليل
عليه قوله وهما متهمان اذ المراة انما تكون متهمة اذا رضيت بالطلاق وسالته من الزوج فلعله اقدم على
الطلاق بسوالها ليصح اقراره لها بالزيادة على ميراثها فيكون متهمان في هذا الاقرار فيكون لها الاقل لعدم
التهمة في اقل الامرين على ان امراة الفار انما ترث اذا مات وهي في العدة اما اذا مات بعد انقضاء العدة
فلا ميراث له فلعله اقدم على الطلاق فليتم لها بالزيادة على ميراثها رجا صحة هذا الاقرار فان مات
بعد انقضاء عدتها والاقرار لمن هو وارث وقت الاقرار وليس بوارث وقت الموت جايز كمن اقر لاخ
وهو وارث صار محجوبا بان ولد له ابن او اسلم او اعتق جاز الاقرار وان كان الاخ وارثا عند الاقرار لانه لم يبق وارثا عند
الموت فكذا الاقرار الفار للامراة في العدة ثم مات والعدة منقضية وجب ان يصح فيكون متهمان في هذا الاقرار فيكون
لها الاقل قوله زيادة على ميراثها قلت لو كان الاقدام على الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها
لا اقر لها بالزيادة على ميراثها البتة تحصيلا للمقصود فلا معنى لثبوت اقل الامرين لها من الميراث والاقرار اذا
كان الميراث اقل الاقرار البتة فصل قوله وشرط ان يكون له نسب معروف لانه يمتنع ثبوته
من غيره وذكر الامام فخر الاسلام رحمه الله انه لو قال لعبده ومثله يولد لمثله وهو معروف النسب
من غيره هذا ابني انه يعتق عملا بحقيقته لا بمجازه لان ذلك ممكن فالنسب قد يثبت من زيد ويشتهر
من عمرو فيكون المقر صادقا في حق نفسه حتى ان الام تصير ام ولد له اذا كانت في ملكه وامية للولد لا
يثبت من غير ثبوت نسب للولد من المولى وقد ذكر وجه التوفيق وحل الاشكال في اول كتاب العتاق
من هذا الكتاب فان رغبت فعليك به قلت ويجوز اقرار الرجل بالوالدين اي بالاب والام قلت
هذا ذكر من صحة اقرار الرجل والمراة بالام موافق لرواية التحفة وشرح الفرايض للامام سراج الدين
مخالف لعامة الكتب من المبسوط والايضاح والجامع الصغير للامام المحبوبي وغيرها ففي التحفة
اما الاقرار بالوارث نوعان في حق النسب وفي حق الميراث اما في النسب فمن الرجل يصح بخمسة بالوالدين
وبالولد وبالزوجة وبالولاء وفي المراة يصح باربعة ~~بالاب والابن والمراة ومولى العتاقة~~ لان
فيه تحميل النسب على الغير وفي المبسوط ان اقرار الرجل يصح باربعة بالاب والابن والمراة ومولى العتاقة
واقرار المراة يصح بثلثة بالاب والزوج ومولى العتاقة دون الولد كذا في الشرح قلت والظاهر
هو ما ذكر في المبسوط من الاشارة الى عدم جواز اقرار الرجل والمراة بالام لان الاقرار لا يصح الا بتصديقها
والتصديق منها يوجب تحميل النسب على زوجها لانه ثابت بتصديقها انه ابنها او بنتها وهي فراش زوجها ثابت

نسبه من زوجها ضرورة ويمكن ان يوفق بين الروايتين بان ما ذكر في المبسوط من عدم جواز الاقرار بالام
محمول على ما اذا كانت الام ذات زوج وما ذكر في التحفة محمول على ما لم يكن ذات زوج ولكن يشكل
بان المراة اذا لم يكن ذات زوج فاقرارها بالولد جايز ايضا اما لا يجوز ذلك منها اذا كانت ذات
زوج فلا وجه للحكم بصحة اقرارها بالام وعدم صحة اقرارها بالولد انها اذا كانت ذات زوج فاقرارها
بالولد لا يجوز وان كانت فارغة فاقرارها به جايز كما ان الام اذا كانت ذات زوج فاقرارها لا يجوز
لعدم جواز تصديقها ولا بد من التصديق واذا كانت الام فارغة فاقرارها جايز والاقرار بكل من الام
والولد جايز في حال دون حال فلا وجه لتخصيص الام بالجواز للولد بعدمه ويمكن ان يقال المقر بالام والام
المصدق له انما يحملان النسب على زوجها اذا كان المقر مجهول النسب لان صحة التصديق من الام في
صحة الاقرار من المجهول اما اذا كان معروفا فلا تحميل فيصح التصديق منها والاقرار منه والمقر بالام يكون
معروف النسب غالبا فلا يكون في تصديق الام الزام النسب في الاغلب بخلاف الاقرار بالولد المجهول النسب
من المراة فانه الزام النسب على الغير غالبا اذ المراة ذات زوج في الاغلب فلا يجوز الاقرار بالام ومنع اقرار
المراة بالولد نظرا الى الغالب في كل منهما قوله وليس فيه تحميل النسب على الغير فان قلت بل في الاقرار بالام ذلك
لانه لا بد من تصديقها وفي تصديقها تحميل النسب على الزوج اجيب بان المسئلة هنا محمولة على ما اذا لم يكن
الام ذات زوج او المراد ثبوت الامية باقرار الشخص فيما بينهما حتى يستحق ميراثها اذا لم يكن لها وارث
معروف قوله لان المسئلة لو كانت محمولة على ذلك او اريد بثبوت النسب فيما بينهما لا على الاطلاق لم
يكن لنفي صحة اقرارها بالولد بالذات تكون المقرة ذات زوج كما يصح اقرارها بالام اذا لم يكن الام ذات زوج
وعدم صحة اقرارها بالولد اذا كانت المقرة ذات زوج كما لا يصح اقرارها بالام اذا كانت الام ذات
زوج فالاقرار بكل منهما جايز في حال دون حال فلا معنى للحكم بصحة اقرار بالام وايضا كما يصح
اقرارها بالام فيما بينهما يصح اقرارها بالولد فيما بينهما ايضا حتى ترث اذا لم يكن للمقر وارث سواه
فلا وجه لتخصيص الولد بعدم صحة الاقرار له فالوجه هو ما ذكرنا اولا فعليك به قوله وكذا
تصديق الزوجية لان العدة حكم النكاح اذ العقد من اثار النكاح وهي باقية فجاز التصديق
لبقاء النكاح فيكون لها المهر والميراث كذا في الشرح وفيه نظر لان العدة معدومة حال
الاقرار وانما تثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار فلا يصح التصديق على اول
اعتباره فالاولى ان يراد بحكم النكاح عدم جواز التزوج بزوج اخر مثلا لا العدة لان العدة
كالارث ويصح التصديق عند ابي حنيفة بحكم الارث فكذا بحكم العدة ايضا اللهم الا ان يحمل ما في الشرح
على اختيار ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان التصديق عندهما باعتبار الارث صحيح فكذا على اعتبار العدة
والله اعلم بالصواب قوله لان النكاح انقطع بالموت فان قلت بل النكاح ينتهي بالموت حتى يتاكد به المهر والمنتهي
في حكم الباقي على ما عرف في غير موضع اجيب بان النكاح وان كان ينتهي بالموت فلا شك ان الموت
ينافي ابتداء النكاح حتى لا يتصور النكاح بعد الموت فلا يمكن ان يحكم بثبوته عند التصديق مستندا الى اول

الاقرار اذ النفي ثبت ثم يستند وبالجملة ان اعتبار التصديق يحتاج الى تصور ابتدا النكاح وبالموت لا
يبقى محاله فلا يمكن اعتباره والله اعلم با كتاب الصلح قوله وهو اسم بمعنى المصالحة وهو خلاف
المخاصمة وفي الشريعة عبارة عن عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب والقبول وشرطه ان يكون البدل
اي المصالح عليه مالا معلوما ان احتيج الى قبضه والا لا يشترط معلوميته وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي
كذا في الكافي قلت الصلح كما يصلح على الانكار يصح على الاقرار ايضا ومعلوم انه اذا كان على الاقرار لا
لا يرفع النزاع لاندفاعه بالاقرار والتعريف بانه عقد يرفع النزاع فليس بمنعكس فكانه تعريف نوع من الصلح
وهو الصلح على الانكار وانما خصه بالتعريف لانه الصلح حقيقة لوجود معنى الصلح فيه وقطع المنازعة ودفع
النزاع اما الصلح على الاقرار فهو صلح صورة وفي المعنى اما ابراء عن البعض او تاجيل او بيع وايضا الصلح
يتم بقول المدعي فعلت فيما اذا صالح عن الدراهم والدنانير على حقه ولا يحتاج الى قول المدعى عليه لانه
اسقاط بعض الحق واخذ الباقي والاسقاط يتم بالمسقط فلا يكون ذلك عقدا اذ العقد هو الايجاب
والقبول نص به المص في كتاب الهبة حيث قال واما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد يتم بالايجاب
والقبول فلا يصدق على هذا الصلح التعريف المذكور لانه ليس بعقد وقد اخذ العقد في التعريف فالاولى
ان يقال في التعريف الصلح ما يرفع النزاع عقدا كان او غيره ولكن يدخل حينئذ فيه الاقرار فانه ايضا شيء يرفع
النزاع اذا كان بعد الخصومة وايضا لو باع المدعى عليه مع انكاره وسكوته شيا من المدعي بالتنازع
فيه يرتفع النزاع بهذا البيع مع انه بيع وليس بصلح فالتعريف ليس بمطرد وايضا اللهم الا ان يعتبر
الحيثية لحيثية دفع النزاع معتبر في الصلح دون البيع وايضا الصلح قد يكون اعتياضا وقد يكون
اسقاطا والقبول انما يشترط في الاول دون الثاني اذ الاسقاط لا يتوقف على القبول فلا وجه لجعل
القبول ركن الصلح مطلقا فكانه قصد الى بيان ركن الصلح الذي هو معاوضة وايضا البدل قد لا يكون مالا
فان عفو القصاص يصلح بدلا وانه ليس بمال فان من عفى على هذا الدم على ان عفا الآخر عن القصاص صح
لو قبل رجل رجلا آخر جاز ذلك ايضا ووقوع البراءة عن الدعوى ليس بلازم للصلح فان الصلح على الاقرار لا
لا يسمى براءة عن الدعوى فكانه قصد بيان حكم الصلح الذي عرفه بقوله عقد يرفع النزاع قوله
لاطلاق قوله تعالى والصلح خير فان قلت لا يصح التمسك بالآية في تعميم الصلح لان الآية سبقت في الصلح
بين الزوجين ثم ذكر الصلح معرفا بلام العهد بعد ما ذكره منكرا وفي مثله يكون المذكور ثانيا عين الاول قلت
قوله والصلح خير كلام مستقل بذاته فلا يرتبط بسببه ولان الله تعالى اخرجه مخرج التعليل لما رغب
من الصلح المشروع قبله اي صالحوا لان الصلح خير والعلة لا يتقيد بمحل الحكم اما دعوى العهد فغير مسلم
في جميع الصور بل قد يقع التحقيق في مواضع منها قوله تعالى وانزلنا اليك الكتاب مصدقا لما بين يديه من الكتاب
والكتاب الثاني غير الاول فلما تعارض اسس المعرفين فلا ولي بتعارضا فيما نحن فيه كذا في الشرح قوله وهذا
بهذه الصفة اي يحل حراما او يحرم حلالا وذلك لان المدعي ان كان محقا كان اخذ المال حلالا له وحرم بالصلح
وان كان مبطلا فقد كان اخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصلح وحل بالصلح

خلاف

خلاف الصلح على الاقرار لان بدل الصلح ما كان حراما على الآخذ وان كان من خلاف جنسه بناء على اصله
اصل ان رب الدين اذا ظفر على مال المديون له ان ياخذه وان كان خلاف جنس حقه كذا في الكافي قلت اما
قوله المدعي ان كان محقا كان اخذ المال حلالا له وحرم بالصلح فنقول نعم يحرم بالصلح ولكن كما يحرم
المبيع على البايع بعد البيع ومثل هذا التحريم حلال بالاجماع والصلح على الاقرار قد يتضمن هذا النوع
من التحريم فانه اذا اقر بعين لرجل ثم صالحه على مال آخر صح اجماعا مع ان العين التي اقر بها للمدعي
حل بالصلح للمقر وقد كان حراما عليه قبله وعوضه كان حراما على المدعي وقد حل بالصلح فلو كان مثل
هذا التحريم والتحليل مبطلا للصلح لما صح الصلح على الاقرار ايضا واما قوله وان كان مبطلا الى قوله وحل
بالصلح فنقول المدعي اذا كان مبطلا في دعواه لا يحل له اخذ المال من المدعى عليه لا بالصلح ولا بالبينة الكاذبة
بل يجب عليه الامتناع عنه الا ان يراد بقوله وحل بالصلح انه حل له قضاء وان كان لا يحل ديانة قوله وتاويله الخ
احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة قلت الحرام لعينه لا يحتمل
ان يحل بالصلح وكذا الحلال لعينه يحرم به بل الحرام كالخمر يبقى حراما بعد الصلح كما كان حراما قبله
والحلال كوطء المنكوحة يبقى حلالا بعده كما كان حلالا قبله فلا يكون الصلح على الخمر محللا له ولا
الصلح على ان لا يطأ الضرة محرما له فلا يتناوله الاستثناء والمستثنى انما هو الصلح المحلل والمحرم
فاما الصلح على الانكار اذا كان المدعي مبطلا في دعواه فيحل في القضاء ما هو الحرام لان ما يعطي المدعي
او بدله كان حراما عليه اخذه قبل الصلح وحل بعده قضاء وان كان حراما ديانة فالصلح مستثنى وبالجملة لو
كان المطلوب بالاستثناء اخراج نحو الصلح على الخمر او على الخنزير او ان لا يطأ الضرة لكفى الاصلح ونحو
على تمليك الحرام او على الامتناع عن حلال فكانه اراد بصلح احل حراما صلحا يتضمن تمليك حرام يسمي حراما
بتمليك الحرام احلالا لما فيه من معاملة الحلال مع ذلك الحرام واراد بصلح حرم حلالا الصلح المتضمن
الامتناع عن الحلال اي الامتناع عنه تحريما لما فيه من معاملة الحرام مع ذلك الحلال قوله بعد
دعوى صحيحة كانه اراد بصحتها هو ان لا تكون باطلة بكثمن الخمر او الخنزير او دعوى قيمته لا التي
يكون بحيث يجب على المدعى عليه جوابه فان الصلح عن الدعوى صحيح لقطع الشغب وان كان
يحتاج الى التصحيح لاستحقاق الجواب قوله ويفسد جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة
دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط قوله قد لا يفسد جهالة البدل اذا كان مما لا يحتاج
الى التسليم بان ادعى حقا في دار في يد رجل وسمته وادعى حقا آخر في يد المدعى عليه ولم يسمه ثم
اصطلحا على ان يترك منهما دعواه قبل صاحبه جاز وقد يفسد جهالة المصالح عنه اذا احتيج الى
تسليم بان ادعى حقا في دار في يد انسان ولم يسم فاصطلحا على ان يعطيه المدعي مالا ليسلم المدعى عليه
ما ادعاه لا يجوز فالفاسد وجود الجهالة المفضية الى المنازعة وهي الجهالة فيما يحتاج الى التسليم
وجودا وعدما سواء كان في البدل او في المصالح عنه فكان ينبغي ان يقال ويفسده الجهالة المفضية
الى المنازعة او الجهالة فيما يحتاج فيه الى التسليم ليتناول الجهالة المفسدة في البدل والمصالح عنه

كدعوى حر

جميعا ولا وجه للتخصيص بجهالة البدل بكونه مفسدا وجهالة المصالح عنه بكونه غير مفسد مع استوائهما في الافساد و
عدمه فكانه اعتبر الغالب فالغالب في جهالة البدل الافضا الى المنازعة المفسدة للعقد وعدم
الافضا اليها نادر والغالب في جهالة المصالح عنه عدم الافضا اليها والافضا اليها نادر والله اعلم قوله
وجوز ان تختلف حكم العقد في حقهما كمن اشترى عبدا اقر بحريته مما يعطي من الثمن بدل ملك الرقبة في حق
البايع وهو فداء في حق المشتري حتى يعتق العبد كذا في الشرح هذا يشير الى ان العبد الذي اقر المشتري
بحريته لا يدخل في ملك المشتري وقد ذكر الشارح رح في باب العبد يعتق بعضه عند قوله ولو حلفا على عبدين
كل واحد منهما لاحدهما ما يشير الى انه يدخل في ملك المشتري ثم يؤخذ باقراره حيث قال ان اشترى العبدين
او اشترى احدهما رجل جاز وان كان عالما بحنث احد البايعين لان كل واحد يزعم انه يبيع العبد وزعم المشتري
قبل دخول العبد في ملكه غير معتبر كما لو اقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه صح واذا صح الشراء واجتمعا
في ملكه عتق احدهما لان زعمه معتبر الان لحصولهما في ملكه وان مر في البيان وكذا لو اقر باعتاق البايع
ثم ملكه عتق عليه باقراره الى هنا لفظه والله اعلم فان قلت لان المدعا عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته
عن نفسه قلت اذا ادعى دارا وانكر ذو اليد ودفع المدعي شيا الى ذي اليد بطريق الصلح واخذ الدار منه
ثم استحقت الدار فان المدعي لا يرجع بما وقع على المدعا عليه مع انه انما دفع اليه لقطع خصومته فاذا ظهر
الاستحقاق تبين انه لا خصومة له فينبغي ان يسترد ما دفعه اليه كما لو دفع المدعا عليه الى المدعي لاجل ذلك المعنى
قلت الفرق بينهما ان صحة الصلح مبني على زعم المدعي ففيما اذا دفع المدعا عليه شيا الى المدعي ويستحق الدار
لنفسه فالمدعي يقول اني بايع الدار بهذه الدراهم فاذا استحقت كانت للمدعا عليه ان يرجع كما للمشتري
ذلك فاما في تلك المسئلة ففي زعم المدعي ان ما دفعه ليس بواجب علي لاني احدث ملكي فكان متبرعا فيما
اعطى فلا رجوع للمتبرع بسبب الاستحقاق وفرق آخر ان المدعا عليه مضطر لقطع الخصومة لانه دفع
ضرورة فيتقدر بقدرها فلما لم ينقطع الخصومة بظهور الاستحقاق زالت الضرورة فرجع المدعا عليه الى اصل ماله
فاما في تلك المسئلة فالمدعي في دعواه على خطر فلما دفع باختياره لم يظهر عدم الاختيار عند ظهور الاستحقاق
فلا يسترد ما ادعاه كذا في الشرح قوله فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه اي غرض المدعا عليه لان غرضه
بقاء الدار على ملك المدعا عليه من غير خصومة خصم فيها وقد ظهر خصم آخر غير المدعي وهو المستحق كذا في الشرح قلت
بل الغرض من الصلح هو دفع خصومة المدعي فاما ان تخاصم خصم اخر فيها فليس ذلك من غرض المصالح
مع المدعي اصلا كيف والمصالحة مع المدعي لا يصلح دافعا لخصومة غيره حتى يصلح ذلك عوضا وذلك ظاهر فالاوجه
ان يقال الغرض من الصلح هو دفع خصومة المدعي وهذا الغرض لا يبقى عند الاستحقاق لان دفع الخصومة يستدعي توجهها
وبالاستحقاق لا يبقى متوجهة اليه فلا يسلم دفعها له والغرض هو الدفع فيسترد ما دفعه اليه لفوات غرضه
قوله لان المبدل هو الدعوى وقد يقال ان الدعوى ليس بمال ولا يؤول مالا بحال وما هذا شانه لا يصح الاعتياض عن
عنه الا يرى ان الاعتياض عن حق الشفعة باطل وعلل الشارح رح هناك بانه ليس بمال ولا يؤول مالا بحال
فالاعتياض عنه بالمال لا يجوز فهذه امثلة اشارة الى ان الاعتياض لا يصح الا عن المال او عما يؤول مالا وايضا
الاعتياض

العوض عن حق الشفعة
باطل

الاعتياض عن الدعوى لو كان صحيحا لصح عن دعوى حق الشفعة لانه دعوى صحيحة كدعوى المال ثم قد اشير
في المبسوط في مسئلة الصلح عن الكفالة بالنفس الى ان الصلح لا يصح الا عما يملكه المدعا عليه بالصلح حيث
قال وهذا الصلح باطل لانه باسقاط حق الكفالة بالنفس لا يملك الكفيل شيا فلا يستحق عليه عوضا
ولا يخفى ان الدعوى لا تصير حقا للمدعا عليه ولا يسلم له فلا يصح الاعتياض عنه فكيف يكون مبدلا وايضا
الدعوى لو جعل مبدلا فلا يخلو اما ان يجعل في حق المدعي او المدعا عليه لا سبيل الى الاول لان المدعي
ياخذ بدلا عما يدعيه من الحق لا مقابلة دعواه حتى يجري فيه الشفعة لو كان بدل الصلح عقارا والا لما عاوضه
مال بمال ولو كان بدل الدعوى لما جرى الشفعة لما انه لا يجري الا في البيع او ما في معناه ولا الى الثاني
لان الصلح في حق المنكر رشوة لدفع الخصومة وليس فظهر ان قوله المبدل هو الدعوى معدول به عن ظاهره
كانه سماه مبدلا لالتباسهما قوله وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار دالى اخره اي باع المدعا عليه
شيا معينا من المدعي بالمدعي بان ادعى رجل دارا مثلا فانكر المدعا عليه ثم قال بعت منك بهذا العبد
مثلا بهذه الدار ثم استحق العبد حيث يرجع المدعي على المدعا عليه بالدار لان الاقدام على البيع اقرار
منه بان المدعي محق في دعواه والحكم في البيع كذلك في الاستحقاق في الفصلين اي فصل الاقرار وفصل
الانكار على ما قدمناه في البيوع وفيه اشكال لما ذكر في الكافي في فصل الاستحقاق حيث قال
فلو اشتراه او ساومه فاستحقه ابوه وقد قبضه او لم يقبضه ورجع المشتري بالثمن على بايعه
ثم مات الاب فورثه لم يعد البيع لانتقاض البيع بينهما برجوعه بالثمن وسلم له الثوب بحكم الارث
ولا يؤمر بدفعه الى البايع وان صار مقرا بالاقدام على الشراء على انه ملك البايع ومثله قريب لان الاول
ثم ملكه يؤمر بدفعه الى المقر له لان الاقرار لم يوجد صريحا وانما ثبت في ضمن الشراء فبطل ببطلان
الشراء الا اذا قد صرح كما عند الشراء او عند المساومة انه ملك البايع ثم سلم اليه الثوب من ابيه بالارث
فيؤمر بتسليمه الى البايع هذا كلامه ووجه الاشكال ان الاقرار الذي هو في ضمن البيع اذا كان
يبطل ببطلان البيع وجب ان لا يرجع في هذه المسئلة بالمدعي لان رجوعه انما يكون بعد
بطلان البيع اما بمجرد الاستحقاق كما جاء في بعض الروايات او بفسخ المستحق او بقضاء القاضي كما هو
ظاهر الرواية فاذا ابطل البيع قبل الرجوع بطل الاقرار الذي في ضمنه فوجب ان لا يرجع بالمدعي بل
المدعى وكيف يرجع بالمدعي فانه لو رجع به لبطل الرجوع من حيث ثبت لان الرجوع يبطل بالاقرار
ضرورة ان يبطل البيع الذي هو في ضمنه فاذا ابطل الاقرار بطل الرجوع المبني عليه وبالجملة ان الاقرار
متى ثبت في ضمن البيع يبطل اذا بطل البيع لان بطلان المتضمن يوجب بطلان المتضمن صرح بهذا الاصل
في شرح الزيادات وبني عليه كثيرا من المسائل واصل اخر ان الشراء ونحوه اقرار بالملك للاخر ظاهرا
اذ الظاهر ان التصرف لا يوجد الا من المالك الا ان الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق حتى ان
من اشترى طيلسانا ثم ادعى انه كان لابيه يوم اشتراه وان اباه مات امس وتركه ميراثا له لم
يسمع دعواه لانه بالاقدام على الشراء صار مقرا ظاهرا ان البايع كان مالكا للطيلسان فصلح هنا

الظاهر وافع الدعواه ولا يصلح للاستحقاق حتى انه لو ادعى ابوه الطيلسان وقضى له ثم مات الاب وورثه
المشتري سلم له ولم يكن للبايع عليه سبيل لان الاقرار بملك البايع ثابت ظاهرا وهو لا يصلح للاستحقاق
وذكر في الكافي ان الوكيل بالخصومة في عبد اذا ادعى العبد فبرهن المدعا عليه انه ساومه منه
عند القاضي بطلت خصومة الوكيل وخصومة الموكل لان اقرار الوكيل بالخصومة في مجلس القضا
ينفذ على الموكل ولو اثبت بالبينة انه ساومه في غير مجلس القضا بطلت خصومة الوكيل فقط
ولو وصل العبد الى الوكيل يوما لا يومر بدفعه الى المدعا عليه لان الاقرار دلالة يصلح للدفع لا
للاستحقاق عليه وكذا لو برهن المدعا عليه ان الوكيل استوهبه او استعاره او استودعه فلقوا
ماهو هذا كلامه فقد اشار الى اصلين احدهما ان الاقرار الثابت في ضمن شي يبطل ببطلانه و
الثاني ان الاقرار الثابت في ضمن شي يبطل ببطلانه والثاني ان الاقرار دلالة يصلح للدفع لا للاستحقاق
فيجب ان لا يرجع المدعي على المدعا عليه اذا باع منه على الانكار وشابه انه استحق المصالح عليه لانه
وان اقر بالملك للمدعي بعد اقراره في ضمن البيع دلالة وقد بطل البيع بالاستحقاق فيجب ان يبطل الاقرار ر
الذي في ضمنه على ان الاقرار دلالة لا تصلح للاستحقاق ولحاجة هنا الى استحقاق المدعي لا الى الدفع
ثم ذكر هشام عن محمد في روايات النوادر من ساوم رجلا بشي ثم اشترى ذلك الشي من غيره وقبضه
فلذا قول ان ياخذه من يده لانه لما ساومه فقد اقر له بالاان الصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لان الا قرار
الثابت بطريق الظاهر لا يصلح للاستحقاق فيسلم الصلح على ظاهر الرواية مسلك الهمام الان ثبت
في هذه المسئلة روايتان ثم الاولى ان يبنى ثبوت حق الرجوع الى المدعي في صورة البيع مع الانكار ر
على اصل اخر وهو ان عقد المعاوضة يقتضي المساواة بين المتعاقدين فمتى بطل الملك لاحدهما
في احد العوضين بالاستحقاق بطل ملك الاخر في العوض الباقي تحقيقا للمساواة والمدعا عليه
لما نص على البيع العبد مثلا بالدار المدعى فيه فقد تلقى الملك في الدار من قبل المدعي بمقابلة
العبد فلما بطل ملكه في العبد بطل ملك المدعا عليه في الدار فيعود الى ملك المدعي فيومر
بالتسليم اليه لا لحكم الاقرار بالملك الذي ثبت في ضمن البيع بل باعتبار عود ملكه فيه وتحقيق
المساواة التي يقتضيها عقد المعاوضة وغاية ما يمكن في الحال عن الاشكال المذكور ان يقال ان الا قرار
الثابت في ضمن الاقدام على الشرا بحكم الظاهر اقرار ضروري فيعتبر اذا لم يتبدل الملك في المال
الذي اقر به كما في مسئلتي ولا يعتبر اذا تبدل كما لو اشترى شيا فادعاه ابوه ورجع بالثمن على البايع
ثم مات ابوه وورثه المشتري ووصل اليه ذلك الشري لا يومر برده الى البايع وان صار معترفا له بالملك
منه لانه اقرار ضروري ثابت بحكم الظاهر فلا يعتبر اذا تبدل الملك كتبدل العين ولو كان عين اخر
يومر برده بحكم ذلك الاقرار وهذا كانه عين اخر فلا يومر بالرد الا باقرار صريح والله اعلم قوله وان ادعى
حقا في دار لم يبينه فصولح من ذلك واعترض انه ينبغي ان لا يصح الصلح لان من الحقوق ما لا يصح الصلح عنه
كحق الشفعة وجوابه انه ادعى حقا مجهولا حيث قال لي في هذه الدار حق فلا يتناول حق الشفعة لانه حق التملك

ولاحق

ولا حق للشفيع في قبل التملك كما سياتيك التصريح به في الكتاب وقد اجيب بان اقدامه على الصلح
مشعر بانه يدعي حقا في عين الدار اذ الصلح عن الشفعة لا يجوز وقد اقدم على الصلح فتبين
ان ذلك الحق هو حق يصح الصلح عنه كذا في الكافي وفيه نظر لما مر فيه في اول البيوع انه لا علم للعوام
بالاحكام حيث قال ومن باع صبرة طعام كل صاع بدرهم صح في صاع واحد عند ابي حنيفة رحمه الله
ويخير المشتري لتفرق الصفقة عليه لا يقال ينبغي ان لا يتخير لعلمه الى انصراف البيع في قفيز واحد على
اعتبار الجهل بعدد القفزان لان انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه ولا علم للعوام بالاحكام خصوصا
في المسائل الاجتهادية هذا كلامه وانه تصريح بعدم علم العوام في الاحكام وان لم يكن مجتهدا فيه وان
كان فبالطريق الاولى وكون الدار دار الاسلام واشتهار الاحكام لا يوجب الا العلم بالاحكام التي
تشتهر في دار الاسلام وهي الاحكام التي هي من امهات الدين كالعلم بافتراض الصلوة والصوم والزكوة
والحج والجهاد مما بنى الاسلام عليه وامتناع الصلح عن حق الشفعة من المسائل الخفية التي قلما يعلم الخواص
من الناس فضلا عن العوام قوله لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي يعني ان الصلح
بقبض عين حقه اخذ للبعض واسقاط للباقي فيصح فيما يصح الاسقاط وهو الديون اما العين فلا يصح
الابراء عنه فيكون على دعواه في الباقي وفي ظاهر الرواية يصح الصلح لان الابرا لما في عينا ودعوى
فان المدعي كان يدعي الجميع والابرا عن الدعوى صحيح وان كان عن العين لا يصح فان من قال ابراتك
عن دعوى هذا العين صح الابرا حتى لو ادعاه بعد ذلك لا يسمع وفي المنتقى رجل ادعى دارا فصالحه
المدعا عليه على نصفها وقال برئت من دعوى في النصف الباقي او برئت انا من النصف الباقي
او لا حق لي في النصف الباقي ثم اقام البينة على جميع الدار لا يقبل ولو قال صالحتك على نصفها
على ان ابراتك عن دعواي في الباقي ثم برهن كان له ان ياخذ الدار كلها فكان الاختلاف في مسئلة
الصلح عن بعض الدار انه هل يسمع بينة في جميعها مبني على انه لو قال ابراتك عن دعوى هذا العين
هل تسمع بينة بعد ذلك فمن قال تسمع يقول بذلك في الصلح ايضا لانه في معناه ومن قال لا
يسمع لا يقول به في الصلح ايضا ثم المص رح تعرض لذكر البرا في قوله او يلحق ذكر البراءة عن دعوى
الباقي بان يقول قد برئت من هذه الدار او برئت من دعواي في هذه الدار دون الابرا لما انه لو
قال ابراتك عن هذه الدار او عن خصومتي في هذه الدار فهو باطل وله ان يخاصم فيها بعد ذلك
وفرق بين قوله برئت وبين ابراتك فان في قوله ابراتك انما ابراه من ضمانه لا من الدعوى وعن
هذا قالوا ان عبدا في يد رجل قال له رجل برئت منه كان بريا ولو قال ابراتك منه كان له ان يدعيه
وانما ابراه من ضمانه والله اعلم فصل قوله لانه في معنى البيع هذا ان صالح عن مال
بمال اما ان صالح عن مال بمنافع معلومة كان ذلك اجارة فكان عليه ان يقول لانه في معنى البيع
او الاجارة الا ان الغالب في الصلح عن الاموال هو ان يكون المصالح عليه مالا فتعرض للبيع دون
الاجارة قوله والمنافع بان ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحد او اقر فصالحه الوارث على شي

ولاحق

يرى شاملا لحق اسيل فيما الشفعة بمن بطلانها لكنه في السقوط بعوض

جاز اخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح كذا في الكافي وهو مشكل لما سياتيك التصريح به في كتاب
الوصية انه ليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يواجر العبد والدار لان الوصية تمليك بغير بدل فلا
تملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة الى اخر ما ذكر في الكتاب في تحقيق المسئلة وجوابه ان للموصى له
بالمنفعة شبها بالمستاجر لان ملك كل منهما لازم وشبها بالمستعير لان كلا منهما يملك المنفعة
بلا عوض فشبهه بالمستاجر يوجب صحة الاجارة والصلح جميعا وشبهه بالمستعير يقتضي عدم
صحتها فصححنا الصلح ولم نصحح الاجارة عملا بالشبهين ولم نعكس لان الصلح اجارة من وجه
دون وجه اما اذا كان عن انكار فظاهر واما اذا كان عن اقرار فلانه اجارة معنى لا صورة فلو جوزنا
الاجارة من كل وجه لزمنا القول بجواز الصلح الذي هو اجارة من وجه ايضا فلم يكن عملا بالشبهين فالمراد
بقوله لانه اجارة صحيحة اخذ العوض عنها بالاجارة هو الاخذ بالجملة لا في هذا المحل وجواز الاخذ
في الجملة يكفي لصحة الصلح ههنا على ما بينا وتقرير اخر ان الموصى له بالمنفعة لما اخذ شبها بالمستاجر
والمستعير دار الاجارة والصلح كلاهما بين الصحة والفساد والصلح اذا دار بينهما يحكم بالصحة بخلاف
ساير العقود صرح به في الذخيرة في الفصل العاشر من كتاب الوكالة فلذلك جوزنا الصلح عن المنفعة
الموصى بها دون الاجارة ثم ذكر في الذخيرة في الفصل الحادي والعشرين من كتاب الحيل قال هشام
قلت لابي يوسف رحمه الله ما تقول في رجل اوصى بخدمة عبده لرجل سنة فمات فاراد الوارث
ان يشتري من الموصى له في العبد قال لا يجوز لان حق الموصى له لا مالية له بدليل انه يبطل بموته فانه
اذا مات لا يورث حق الوصية والبيع يرد على المالية والحيلة فيه ان يصالح الوارث الموصى له
من وصيته على دراهم مسماة يدفعها اليه فيجوز ويبطل حق صاحب الخدمة ويصير العبد للوارث
يصنع به ما بدا له من بيع او غيره وينبغي ان لا يجوز هذا الصلح لانه وقع على خلاف جنس حقه
فيعتبر معاوضة وتمليكا وتعذر اعتبار هذا الصلح تمليكا لان الموصى له ملك خدمة العبد بغير
عوض ومن ملك منفعة الشيء بغير عوض لا يملك التمليك من غيره بعوض كالمستعير والجواب ان
الصلح متى تعذر اعتباره تمليكا فانه يعتبر اسقاطا من كل وجه فيعتبر هذا الصلح اسقاطا لحقه اسقاط
الحق عن منافع تستحقها الا ان جايز كما في الشرب والطريق فصار كان الموصى له قال اسقطت حقي
في الخدمة بكذا فيسقط حقه فيها يدل عليه انه لو اوصى بسكنى دار سنة او ابدا ثم ان احد الورثة صالح
مع الموصى له عن حقه على سكنى دار اخرى شهرا يجوز وان تمليك السكنى بالسكنى لا يجوز ومع هذا صح الصلح
وعن هذا قلنا ان احد الورثة اذا صالح الموصى له عن حقه على ان ذلك الحق لا يسلم لهذا الوارث المصالح
خاصة بل يكون بين الورثة على فرائض الله تعالى لان الموصى له بالصلح ترك حقه فعاد حكم الارث وكذلك لو اوصى
بالجنين فان اشترى ابن الميت ذلك الجنين لا يجوز وان صالح منه يجوز طريق الجواز ان للموصى له ترك حقه في
الجنين بالصلح وملك الورثة الجنين بملكهم الغراف وهي الامة هذا وقول المص رح لانها تملك بعقد الاجارة
فكذا بالصلح يشير الى ان الوارث اذا صالح مع الموصى له بخدمة عبد او سكنى دار على دراهم مسماة يملك

المنافع

المنافع الموصى بها وانه يشكل بما ذكر انه لو كان تمليكا للمنافع لم يصح الصلح بجنسها من المنافع لامتناع تمليك
المنافع بجنسها ولكان الوارث المصالح احق بها من غيره وليس كذلك حتى لو ادعى المنفعة بالوصية اما اذا
ادعى بالاستيجار فالصلح عليها باطل لان الصلح في معنى الاجارة من المالك فيكون فسخا للاجارة الاولى فيكون
هذا الصلح فسخا للاجارة فلا يصح اخذ العوض له **قوله** ما صلح مسمى فيه اي في النكاح صلح ههنا
لا العكس فان العفو عن القصاص يصلح بدلا عن القصاص ولا يصلح مسمى في النكاح ذكر في المبسوط ولو صالحه على ان
عفى عن هذا الدم على ان عفو الاخر عن القصاص له قبل رجل اخر كان جايزا وعفو القصاص لا يصلح مسمى
فان قلت ما وجه الفرق **قلت** في القصاص ان كل واحد منهما اسقط حقه من القود وكل منهما متقوم
بلا اعتبار منه حتى صلح المال عن القصاص فيجوز ان يجعل احدهما عوضا عن الآخر لكونه متقوما بخلاف
النكاح حيث لا يصلح القصاص ان يكون صداقا لان الشرط في الصداق ان يكون مالا قال الله تعالى ان
تبتغوا باموالكم والقصاص ليس بمال وفي ان يكون ما يحق بالصلح متقوما وذلك موجود في القصاص
على ما قررناه كذا في الشرح وذكر المص رح في كتاب الشفعة في مسئلة ولا شفعة في دار تزوج الرجل
عليها ان الدم غير متقوم وعلل بان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب وهو المالية ولا
يتحقق فيه هذا المعنى وبهذا صرح الشارح وفي اول الجنايات حيث قال واما القصاص فليس بمال
فصلاح التقوم فلا يجب الضمان على العافي وهكذا ذكر في باب الاستيلاد من كتاب العتاق حيث قال
اذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لارباب الديون ان يأخذوا من عليه القصاص بديونهم لان القصاص
ليس بمتقوم حتى يأخذوا بمقابلته شيئا متقوما والله اعلم بالصواب وقد صرح في الكافي في مسائل الشرب بان
ما لا يملك بشيء من العقود فالصلح عليه باطل حتى لا يصح الصلح على الشرب لانها لا تملك بشيء من العقود والاستشهاد
المص رح هناك وسيجيء ولا يخفى ان عفو القصاص مما لا يملك بشيء من العقود كالشرب فينبغي ان لا يصح
الصلح عليه كما لا يصح على الشرب ثم لا شك ان قوله حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا خرج تاييدا لكون الصلح
عن القود ملحقا بالنكاح ولا يخفى ان لا الحاقة به اذ تحقق العكس ايضا والاظهر ان صلح الشيء عوضا عن القود
لا يصلح مهرا لم يكن الصلح ملحقا بالنكاح بل بعقد اخر اذ لا معنى لالحاق الصلح بعقد سوى ان تجري جميع احكامه
فيه فاذا خالف في بعض الاحكام لم يتحقق الالحاق **قوله** الا ان عند فساد التسمية بان كانت مجهولة جهالة
فاحشة بان صالح على ثوب غير معين **قوله** يصار الى الدية لانه موجب الدم ذكر في البزدوي في بحث او قال
ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله في المهر اذا دخله او ان التخيير ان كان مفيدا اوجب التخيير واذا لم يفد مثل الالف والالفين
لزم الاقل لان النكاح لما لم يفتقر الى التسمية اعتبرت التسمية بالاقرار بالمال منفردا وبالوصايا وببدل الخلع
والعتق والصلح عن دم العمد وقال ابو يوسف رحمه الله يصار الى مهر المثل لان الثابت بطريق التخيير غير معلوم
الا بشرط الاختيار فلا يقطع الموجب المتعين بخلاف الخلع والعتق والصلح عن القود لانه لا معارض لموجب
متعين لانه جايز بغير عوض فاما النكاح فلا ينعقد الا بمهر المثل الى هنا كلامه وبهذا يشكل قوله يصار الى الدية
لانه موجب الدم ويشكل الفرق بين ما اذا صالح عن القود على ثوب وبين ما اذا صالح على الف او الفين وايضا الدية

من القصاص اسقط حقه من القود

اذا خالف في بعض الاحكام لم يتحقق الالحاق

ما كانت موجبا للدم لوجبت فيما اذا صالح على خمر كما يجب مهر المثل اذا تزوجها على خمر او خنزير فكانه اراد بالموجب
البدل والعوض اى لان الدية بدل النفس عند تعذر القصاص فاذا ذكر في الصلح مالا متقوما لا يمكن ايجابه
لاجل الجهالة بان صالح على ثوب مثلا اصرنا الى الدية لانه لم يرض بسقوط حقه مجانا ولا يمكن ايجاب المسمى للجهالة
فاوجبنا ما هو غرض النفس عند تعذر القصاص وفي الخمر ونحو ذلك بخلاف اذا لم يذكر المال بان صالح على
خمر مثلا لانه رضي بسقوط حقه مجانا فلا يصار الى الدية او العفو عن الدم مجانا جايز **قوله** اما القصاص
فملك المحل من حق الفعل فصح الاعتياض عنه ظاهر هذا يخالف ما ذكره المصنف في كتاب الجنايات
حيث قال والقصاص ملك الفعل فلا يظهر الا في حق الاستيفا اما المحل فخلو عنه اى عن الملك فلا يمنع ثبوت
التابع بخلاف الرهن لان الحق في المحل الى هنا لفظه ووجه المخالفة ظاهر وسيانيك تحقيقه في الجنايات وفي الكافي
لا يقال اذا قطع يمين انسان ثم قطع يمين اخر يجب القصاص للثاني وجب للاول لو ظهر اثر الاستحقاق
في المحل لما وجب للثاني لان المحل اذا صار مستحقا لشخص لا يبقى مستحقا لشخص اخر من بعد لانا نقول باق
المحل ما صار مملوكا له في حق الفعل الذي تعين فسقط وظهور الحق في المحل في حق فعل لا ينبغي ظهور الحق
في حق فعل اخر هذا كلامه **قوله** كما ان ثبوت الملك في احد على الاطلاق ينافي ثبوت ملك اخر لتعذر
ثبوت الملكين في محل واحد في زمان واحد كذلك ثبوت الملك لواحد في حق فعل خاص ينافي ثبوت الملك
لغيره في ذلك الفعل بعينه اذا لم يتصور الفعلان في ذلك المحل ولا يخفى ان القطعين لا يمكن اجتماعهما
في يد واحد فاثبت الملك لواحد في القطع يجب ان لا يثبت لغيره في ذلك الفعل لتعذر اجتماع الفعلين في محل
واحد وغاية ما يمكن ان الفعلين وان تعذر اجتماعهما وقوعا فالمحل يقبل كلا منهما على البدل وتصور
كلا منهما يكفي لظهور الملك في حقهما غير ان احدهما اذا استوفى بالقضا يقضي للاخر بالدية **قوله** واذا الحق بصحيح
الصلح يبطل الشفعة باتفاق الروايات لانها تبطل بالاعراض والسكوت تقبل تاكد حقه بالطلبين طلب المواثبة والاشهاد واما
بعد ما تاكد بهما فلا يبطل بالسكوت والاعراض فينبغي ان لا يبطل بالسكوت فى الشفعة كما لو اصطلحا على ان ياخذ
بيتا منها بحصته مما يخصه من الثمن وسلم الشفعة في الباقي يبطل الصلح لجهالة الثمن فان حصته لا تعرف الا بالظن في
ان كان الصلح قبل تاكد حقه بالطلب بطل حقه في الشفعة وان كان بعده له الشفعة في جميع الدار لانه انما سلم الشفعة في الباقي
بعد تاكد حقه بشرط ان يسلم له البيت فاذا لم يسلم لم يصح التسليم فالحكم ببطلان حقه في الشفعة فيما اذا صالح
عنها بمال مطلق مشكل وجوابه ان الصلح عن دعوى الشفعة على مال صلح باطل لانه مما لا يصح الاعتياض عنه فكان
بمنزلة العدم والمعدوم لا يصلح متضمنا لشي فصار كانه سلم الشفعة من غير صلح اما الصلح عن بيت بعينه بما يخصه
من الثمن ففاسد لا باطل فيكون تسليما في ضمن عقد الصلح فيكون مشروطا بسلامة العوض فحتى لم يسلم لم يسقط
حقه اما الباطل فلا لان له المعدوم فجعل كان التسليم وجد من غير اشتراط سلامة العوض فتعليل المصنف رحمه الله بقوله
لانه يبطل بالاعراض والسكوت اما تعليل جزى او المراد به التسليم على عموم المجاز **قو**. فلان موجبها المال فيصير
بمنزلة البيع كما ذكر ان المال صار موجبا لا من حيث ان القصاص لا يجب فيه بحال والا فقد صرح في المعاقل بان موجب
الاصلي في الخطاء هو القتل والتحول الى القيمة بالقضا وسيانيك حقيقته ان شاء الله تعالى **قو**. وفي جنايتها بدلا للمال

لدفع الخصومة

لدفع الخصومة وفي الكافي وفي حقها لدفع الخصومة والشغب وتخليص النفس عن الوطي الحرام **وفيه نظر**
لانها لو لم تصالح الزوج لم يتمكن من وطيها الا باقامة البينة عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان القضاء بشهادة
الزور نافذ ظاهرا وباطنا حتى حل الوطي عنه القول على رضي الله عنه شاهداك زوجاك فلا يتصور عنده الوطي
الحرام حتى يكون بدل المال لتخليص نفسها عنه وعندهما القضاء ان كان لا ينفذ باطنا لاجل الوطي فلا يحرم
التمكين على المراة اذا امرها القاضي بل يجب عليها التمكين الطاعة لامر القاضي فالتمكين لا يحرم عليها بالقضاء
بشهادة الزور لكونها مجبورة عليه شرعا ومن المحال ان يجبر على التمكين شرعا ثم تواخذ به انما يظهر اثر نفاذ القضاء باطنا
او عدم نفاده فيه في حق الرجل **قوله** فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة اذ لا يسلم له شي من هذه الفرقة وانما المراة
هي التي تسلم لها نفسها وتخلص عن الزوج كذا في الكافي **وفيه نظر** لان الاجنبي اذا قبل بدل الخلع للمراة جاز مع لزومه
البدل مع انه لا يسلم له شي في هذا الخلع انما المراة هي التي تسلم لها نفسها فعلم ان عدم سلامة شي لا ينافي وجوب
المال في الخلع وان سلامة شي الى قبله ليس بشرط الصحة **قوله** وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يبطل الفضل على قيمته
مما لا يتغابن الناس فيه منشأ الاختلاف راجع الى ان المال الذي وقع عليه الصلح بمقابلة العين المستهلك او مثلها عند ابي
وبمقابلة قيمة المغصوب عندهما ويرد على ابي حنيفة رحمه الله ان الصلح على طعام موصوف في الذمة الى اجل لا يجوز
ولو كان ما يقع عليه الصلح بدلا عن العبد المغصوب لجاز لان الطعام في الذمة بمقابلة العبد يكون ثمنا
وبمقابلة القيمة يكون بيعا فلو ان العبد المستهلك او الثوب المستهلك لا يوقف على اثره وما لا يوقف على اثره
يكون في حكم الدين والدين بالدين حرام بهذا الوجه بدل الصلح بمقابلة عين المغصوب انما لو جعل بمقابلة مثله كما هو
الطريق الثاني لابي حنيفة رحمه الله فالامر اظهر لان مثل المغصوب دين حقيقة والدين بالدين حرام كما هو المشهور
في الشرح ويرد عليه ايضا ان الصلح في باب الاموال حكم البيع وبيع عين المغصوب من الغاصب بعد الاستهلاك
لا يجوز فكذا الصلح وجوابه ان البيع انما لا يجوز من الغاصب ابتداء لانه بعد الهلاك ليس بمال انما الصلح
فيمكن تصحيحه بطريق الاسقاط للملك وما يوخذ من العوض يكون باثر اسقاط الملك وصحة الاسقاط لا
المالية والتقوم الى هذا اشير في الشرح ايضا **وفيه نظر** لان الصلح عن العبد المستهلك لو كان اسقاطا للملك
لا معاوضة لكان لا ينبغي ان يصح الصلح عنه على طعام موصوف في الذمة الى اجل لانه انما لا يصح باعتبار لزوم الدين
بالدين فاذا لم يكن في هذا الصلح معنى المعاوضة لم يلزم ذلك فيجب ان يصح والمسئلة بخلافه كما ذكرنا وايضا
كما لا يبقى المالية بعد الموت لا يبقى الملك ايضا فان الموت منهي للملك ولا يمكن اسقاط حيث لا ملك ولئن قيل
ان الموت منهي للملك والمنهي للملك في حكم الباقي قلنا فالمالية ايضا منتهي بالموت فيكون في حكم الباقي فالان يقال
مبنى البيع على المضايقة فلا يكتفى بالمالية الباقية بعد الموت حكما اما الصلح فمبناه على المحاسنة والغرض منه
قطع الخصومة فجاز ان يكتفى بالملك الباقي حكما ويرد عليهما ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان الصلح على طعام موصوف
في الذمة حالا يجوز اذا قبضه في المجلس ولو كان بدلا عن القيمة لما جاز لان الطعام اذا قوبل بالدراهم يكون مبيعا
ويبيع ما ليس عنده الانسان لا يجوز الا بطريق السلم وجوابه ان القيمة ان كانت ثمنا في نفسها فلها حكم المبيع في باب
الصلح حتى يتعين فيه ويبطل الصلح بتصادقهما على عدم وجوبها كما يبطل البيع بهلاك المبيع فلو كانت مبيعا

من وجه كان الطعام الموصوف في الذمة ثمنا من وجه فيصح الصلح اذا قبضها في المجلس وشرط القبض لئلا يكون افتراقا
عن دين بدين ثم قد اشير في الذخيرة الى انه اذا صالح عن الف درهم على طعام موصوف في الذمة مؤجلا وغير مؤجل
وتفرقا قبل القبض فهو باطل لان هذا افتراق عن دين بدين فهذا الكلام التنصيص بقوله وتفرقا قبل القبض والتعليل
بقوله لان هذا افتراق عن دين بدين يشير الى ما ذكرنا كما لا يخفى وكذلك على الغلط فهذا يدل على ان جواز الصلح
عن العبد المستهلك على طعام موصوف مقبوض ليس مبنيا على انه بمقابلة العين دون القيمة لاشعاره بجواز الصلح عليه
عن الدراهم ايضا فلا جرم يكون جواز الصلح مبنيا على وجه آخر وقد ذكرنا وجهه فتامل قوله وانما ينتقل
الى القيمة بالقضاء وقد يستشكل بانه لو كان الواجب في غصب الثوب ونحوه من غير المثليات هو المثل صورة ومعنى
وكان الانتقال الى القيمة بالقضاء لكان ينبغي ان يجب قيمته يوم القضاء دون الغصب كما لو غصب مثليا فانقطع
المثل اذ الواجب هناك لما كان هو المثل وكان الانتقال الى القيمة بالقضاء لزم ان يعتبر فيه القيمة يوم القضاء
دون الغصب فلو كان الواجب في غير المثلي هو المثل فكان الانتقال الى القيمة بالقضاء لزم ان يعتبر فيه ايضا
قيمته يوم القضاء والمسئلة بخلافه وايضا القيمة لو كانت لا تجب قبل القبض فلا اقل من شبهة الوجوب
نظرا الى السبب حتى صح الرهن والكفالة بها قبل القضاء بل قبل الهلاك فيلزم في الصلح باكثر من القيمة شبهة الربوا
وهي حرام كحقيقته وايضا الواجب في قتل الخطاء ايضا هو المثل والانتقال الى الدية بالقضاء على ما
التصريح به في المعاقد فيلزم ان يصح الصلح فيه على اكثر من قدر الدية ايضا ويجاب عن الاول بان الواجب
في غير المثلي وان كان هو المثل كما في المثلي ولكن بينهما فرق من حيث ان المثل في غير المثلي انما يجب ليظهر اثره
في الخلوص لا لذاته فاذا وجبت القيمة التي هي خلف عن المثل بقضاء القاضي يعتبر وجوبها من حين انعقاد
السبب وهو الغصب لانها المقصودة بالوجوب دون المثل نفسه وفي المثلي يجب المثل مقصودا لذاته فاذا انقطع
المثل وانتقل الواجب الى القيمة بالقضاء يعتبر قيمته يوم القضاء فيقتصر لانها لم تكن مقصودة بالسبب
حتى يستند عند وجودها الى السبب فان الغصب في المثلي لا ينعقد سببا للقيمة الا عند القضاء بها
فلا يستند وجوبها الى اول الغصب وفي غير المثلي كان ينعقد سببا لها وحدها لانها المقصودة منها فيستند
وجوبها عند القضاء الى اول الغصب فليتامل وعن الثاني بان الواجب لو كان هو القيمة كما قالا لكان في الصلح
على اكثر من قدر القيمة شبهة الربوا اذ القيمة تعرف بالحزر والظن فلا نقطع بزيادة بدل الصلح عليها
فيكون فيه شبهة الربوا فاما والمأخوذ القيمة واجبة تحقيقا لا يلزم باعتبار شبهة وجوبها الا شبهة الشبهة
والمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها وعن الثالث بان الدية في الخطاء منصوص عليها وتقديره الشرع
لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه كما لا يجوز على تقدير القضاء فصار كما لو كان
العبد بين الرجلين فاعتق احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته ويجيء عن قريب
قوله فيقبل اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا وفيه قوله لما عرف في
لو غصب كر فضة فاستهلكه فاصطلحا على القيمة ثم تفرقا قبل القبض فالصلح ماض لانه ليس بصرف
لان الواجب بالاستهلاك القيمة والقضاء التزيف ذلك الا ان المستهلك يصير مملوكا لكنه ضروري

فلا يعتبر

فلا يعتبر مصارفة فلا يضره الافتراق كذا ذكر في الذخيرة فلو كان حق المالك في عين الهالك او مثله وكان
التراضي على الاكثر اعتياضا عن الهالك او مثله وجب ان يعتبر في المسئلة المذكورة مصارفة لان الصلح
حينئذ يكون بمقابلة عين الاناء او مثله وذلك مصارفة قطعا وحيث لم يعتبر مصارفة علم ان
الصلح عن المغصوب المتلف بالدراهم والدنانير استيفاء لما وجب عليه من القيمة فلا يجوز اخذ الزيادة
عليه وايضا ذكر في المبسوط لو كان عرض بين الرجلين غصبه رجل واستهلكه ثم صالح احدهما من نصيبه
على دراهم او دنانير كان لشريكه ان يشاركه فيها لان الواجب بعد استهلاك القيمة وهي مشتركة
بينهما وانها وجبت بسبب واحد وهو الغصب عرضا هو مشترك بينهما وهو المغصوب فيكون مشتركا
بينهما كما لو باعاه من واحد بثمن واحد واحد الشريكين في الدين اذا استوفى نصيبه كان للآخر ان
يشاركه في المقبوض هذا كلامه نقله الشارح في مسئلة صلح احد الشريكين في الدين عن نصيبه فلو كان حق
المالك بعد هلاك المغصوب في عينه او مثله من كل وجه وكان الصلح عنه على دراهم او دنانير اعتياضا
عن عين الهالك او مثله لم يكن للشريك ان يشارك المصالح كما لو صالح احد الشريكين في عرض او عبد على دراهم
فانه ليس للشريك ولاية المشاركة فيما صالح لان الصلح عن نصيبه في عين مشترك كبيع في حصته وان باع احد الشريكين
في نصيبه لم يكن لشريكه ان يشاركه في الثمن فعلم ان الصلح عن المغصوب على دراهم صلح عن القيمة دون العين
او المثل من كل وجه فالكلام الا ان يمنع ولاية المشاركة للشريك فيما اذا صالح احد الشريكين عن مغصوب مشترك على دراهم
او دنانير عند ابي حنيفة ويحمل ويجعل المذكور في المبسوط قول صاحبيه خاصة وكذا ما ذكر في الذخيرة وان ذكر
من غير خلاف واما لو كان على الاتفاق فالامر مشكل قوله ان القيمة في العتق منصوص عليها فان قلت
نعم انها منصوصة الا انها غير مقدرة اذ الشرع لم يقدرها بمقدار لا يجوز الزيادة عليها بل هي مفوض الى راي
المقومين بخلاف تقدير القاضي فانه يقدر بقدر لا يجوز الزيادة عليها قلت الشارع ان لم يقدرها في العتق
بقدر نفى اخذ الزيادة على ما قومه المقومون حيث قال قوم عليه نصيب شريكه لا وكس ولا شطط ولا يجوز في الصلح زيادة
لان في اخذ الزيادة على قدر ما يقومه المقومون لا وهو منتفى بالنص نعم يستشكل بان القيمة في سائر ذوات القيم عنده
ثابت بدلالة هذا النص لانه معلول بالاتلاف بطريق التعدي فيجب مخافظة فوجب في جميع الصور العدوانات وذا به
نصيبه من غير مشترك علا بعبارته والدلالة موجب العمل كالعبارة بل لانه الكل كلام احق من عبارته بل الاكمال
كلام راجحا على دلالة كلام آخر كتاب التبرع بالصلح والتوكل قوله لم يلزم الوكيل ما صالح عليه
لانه اذا لم يلزمه وجب ان لا يرجع الوكيل على الموكل اذا اداه كما لا يرجع بالمهر الوكيل بالنكاح اذا اداه بغير امر
موكله عليه والرواية منصوص في شرح الطحاوي بانه يرجع على ما سنذكر كذلك نقلا عن الشرح في الاشارة اليه واليه
الاشارة فيما يجيء من قوله ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره
وتاويل هذه المسئلة يريد ان ما ذكر من الجواب ليس بمطلق بل هو فيما اذا لم يكن في الصلح معنى البيع وكان الصلح عن دم عمدا
او على بعض ما يدعيه من الدين فكانه اراد بقوله اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح
على بعض ما يدعيه من الدين او يكون الصلح في الاسقاط دون الاثبات منتينا ولما اذا كان

الصلح عن مال بمال على الانكار من قبل المدعا عليه وقطع الخصومة واسقاطها فكان تاويل المصنف كافيا
لا كما ظن الشارح ان هذا التاويل لا يكفي فان فيه قيد آخر وهو انه لو كان الصلح على الانكار على
الانكار على ما سنذكر كلامه ثم قوله فان فيه قيد آخر ظاهر يعلم انه لا بد فيه قيد ان يكون الصلح عن دم العمد او على
بعض ما يدعيه من الدين قيد آخر وهو ان يكون الصلح على الانكار وهذا ليس بصحيح لان الوكيل في الصلح عن دم العمد
سفير وان كان عن اقرار لانه اسقاط ولكن مراده ان على المص ان يقول وتاويل المسئلة اذا كان الصلح
دم العمد او على بعض ما يدعيه من الدين او على المال بالمال مع الانكار الا ان مراد المص تقييد التوكيلين بصلح
هو اسقاط على عموم المجاز لا لحصر حرمات الصلح الذي يكون الوكيل به سفيرا حتى يحتاج الى ذكر جميع الحرمات قوله
كالوكيل بالنكاح فان قيل الوكيل بالنكاح اذا ادى المهر لم يرجع على الموكل والوكيل بالصلح اذا ادى بدل
الصلح يرجع على الموكل ولو كان الوكيل بالصلح الذي هو اسقاط كالوكيل بالنكاح لم يفترقا في الرجوع وعدمه اجيب
بان الصلح الذي هو اسقاط جاز من الاجنبي بغير امر المدعا عليه فلا يكون فايدة الامر الا ثبوت ولاية الرجوع
والنكاح بغير الامر لا يجوز فيكون فايدة الامر نفس النكاح على الامر لا ثبوت الرجوع الى هذا اشار الشارح
نقلا عن شرح الطحاوي قلت الصلح انما ينفذ على الاجنبي اذا ضمن المال او اذا اضاف البدل الى نفسه او اشار
اليه اما اذا اطلق بان قال صالحتك على الف درهم يتوقف على اجازة المدعا عليه فلا ينفذ على الفضولي
فكان فايدة الامر نفاذ الصلح على المدعا عليه في صورة الاطلاق فلا ينحصر فايدة الامر فيه على الرجوع
عليه عند الاداء وجوابه المنع فقد ذكر الشارح ان توقف الصلح على اجازة المدعا عليه فيما اذا صالح فايدة
على الف درهم لم يسلم من مال نفسه مذهب البعض وعند البعض ينفذ على المصالح قلنا لا نسلم فلا يكون
الامر سوى الرجوع ولو سلم فالكلام فيما اذا ادى المامور بالصلح من مال نفسه وهو اذا ادى بدل الصلح
من ماله يكون اصيلا في الصلح وان اطلق من غير ضمان واضافة واشارة الى ماله فلا يظهر فايدة الامر
الا في الرجوع هنا والكلام بعد محل نظر اذ الفضولي لو قال للمدعي صالحتك على الف فانه يتوقف على
اجازته اذا كان بغير امره اما اذا كان بامره ينفذ عليه فيظهر فايدة الامر في نفاذ الصلح عليه ولزوم
بدل الصلح عليه واما الاجنبي اذا صالح بدون الامر يجب البدل عليه واذا صالح بالامر يجب البدل على
الموكل دون المصالح ففي الامر فايدة ليست في صورة عدمه وبالعكس ولا يتعين الرجوع عند الاداء
فايدة للامر فالاظهر ان يقال ان الوكيل بالصلح الذي هو اسقاط ان كان لا يلزمه البدل فهو كالمامور باداء
ما لزم الموكل من الدين لان المقصود بالصلح انما هو اداء المال والشيء انما يتم بايصال المقصود به ومن
ملك شيئا ملك اتمامه والوكيل بالصلح مالك للصلح فيملك اتمامه وتمامه انما يكون بايصال المقصود به وهو اداء
المال فيملك الاداء فكان الامر بالصلح امرا باداء المال والمامور باداء الدين يرجع على المديون بخلاف
النكاح فان اداء المهر فيه ليس بمقصود حتى يملكه من ملك النكاح انما المقصود به التوالد ولوازمه واما الوكيل بالنكاح
كالوكيل بالشرى اذا لم يرجع اليه الحقوق بان كان صبيا فانه وان لم يلزمه الثمن ولكنه اذا ادى يرجع على الموكل
لكونه مامورا باداء الثمن اذ الشراء انما يتم باداء الثمن فيملكه من ملك الشراء قوله اما اذا كان الصلح عن

بمال

بمال فهو بمنزلة البيع سواء كان عن اقرار او انكار اما في الاقرار فظاهر واما في الانكار فبناء على زعم المدعي كذا
في ان هامن وذكر المص في كتاب الوكالة ان الصلح على الانكار من الضرب الثاني وهو ما لا يرجع فيه الحقوق الى الوكيل
حيث قال والضرب الثاني من انواع العتق على مال والصلح على الانكار اما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من
الضرب الاول وهكذا ذكر الشارح عند قوله وتاويل هذه المسئلة حيث قال وهذا التاويل لا يكفي فان فيه قيدا آخر
وهو انه لو كان الصلح على الانكار لا يجب بدل الصلح على الوكيل من شيء وان كان الصلح في المعارضات لانه ذكر
في المبسوط ولو ادعى رجل في دار حقا فصالحه عنه آخر بامره او بغير امره الى ان قال فلا يجب المال الا على المصالح الا ان
يضمنه الذي صالح لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص
بمال فعلى هذا ما ذكر في الشاهان محل تامل ويمكن التوفيق بان ما ذكر في الشاهان فهو محمول على ما اذا كان
وكيلا بالصلح على الانكار من قبل المدعي فانه اعتبر معاوضة في حقه حتى تجري الشفعة اذا كان المصالح عليه دارا
وما ذكر في الكتاب والشرح محمول على ما اذا كان الوكيل بالصلح على الانكار من قبل المدعا عليه لانه في حقه اسقاط
للخصومة لا معاوضة حتى لا تجري الشفعة لو كان المصالح عنه عقارا قوله لان الحاصل للمدعا عليه ليس الا البراءة
في حقها الاجنبي والمدعا عليه سواء فصلح اصيلا فيه وقد يقال لو كان الاجنبي كالمدعا عليه في حق الصلح وجب
ان لا يتوقف الصلح على اجازة المدعا عليه اذا صالح على الف مطلق ولم يضمنه لان التصرف اذا وجد نفاذا على العاقد
نفذ عليه ولا يتوقف على غيره كذا الفضولي فانه لو صالح اصالة في الشرى نفذ عليه ولا يتوقف على اجازة من اشترى
له قوله سيأتيك ان شاء الله تعالى فان قلت ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعا هنا اذا كان الدعوى
في الدين اما اذا كان في العين فان المصالح يصير مشتريا لها بالصلح من المدعي اما اذا كان المدعا عليه
مقرا فظاهر لان شراء العين المغصوب من غير المالك صحيح وان كان في يد غيره واما اذا كان منكرا فكذلك لانه في معنى بيع
من غيره والمولى اذا باع المغصوب والغاصب جاحد فان الكل التسليم باقامة الحجة والا فللمشتري ان يفسخ البيع
كذا هنا قلت ولا فرق في هذا الا ان لا يكون لهذا المصالح شيء من المدعا اذا كان الدعوى في الدين فقط فيما
اذا كان مقرا او منكرا اما اذا كان منكرا فظاهر واما اذا كان مقرا فلما فيه من تمليك الدين من غير من عليه اجيب
لان الاصل في العقد انما هو المدعا عليه لانه الخصومة حاصل له ولهذا نوع منافرة مع ما سبق من قوله لان الحاصل
للمدعا عليه ليس الا البراءة في حقها الاجنبي والمدعا عليه سواء فصلح اصيلا فيه وقوله الا ان الفضولي يصير لو
اضاف الضمان الى نفسه الخ بعض من جهة المطلوب قلنا بل هو اصيل باعتبار انه مثل المدعا عليه
في ان الحاصل ليس الا البراءة وفيها المدعا عليه والاجنبي سواء في انه لا يسلم الواحد منهما شيء من المال الذي
يصالح عوضا عن المال من حيث ان المدعا عليه يستفيد بهذا الصلح دفع الخصومة دون الاجنبي فقلنا
اذا اضاف الضمان الى نفسه يجعل اصيلا باعتبار الجانب المساواة واذا لم يضف اليها لم يجعل اصيلا باب الصلح
في الدين قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو اي ما وقع عليه الصلح مستحق بعقد المداينة نوعا اي اذا كان
ما وقع عليه الصلح من نوع ما وقع عنه الصلح بان كان ما وقع عنه الصلح من المستحق بعقد المداينة دراهم ووقع
الصلح على الدراهم ايضا بان اصطلحا على ان ياخذ المدعي خمسة دراهم عن عشرة اذ الصلح

بري عن الحط ولو اخذ منه عشرة دراهم كان استيفاء لا صلحا قوله فحملناه علي ان التاخير الدين
قلت يستبد رب الدين لان التاخير مما يستبد به الدائن ولا يحتاج الي قبول المديون قوله ولو كان
الف مؤجلة فصالحه علي خمسمائة حالة لم يجز هذا اذا لم يكن الدين بدل الكتابة اما الدين الذي هو بدل الكتابة
بان كان عبده علي الف مؤجلة فصالحه علي خمسمائة حالة ففي الصلح جائز علي ما سياتي في كتاب المكاتب ان شاء الله
قوله جعل اداء خمسمائة عوضا اي عن البراءة في صيغة كره اي ذكر الاداء بكلمة علي اي جعلها عوضا لانها
للمعاوضة فيقتضي ان يكون بين الاداء والبراءة معاوضة بحيث يكون احدهما عوضا عن الآخر والاداء لا يصلح
عوضا الخ وبهذا يسقط ما يرد ان المذكور بكلمة علي هو البراءة دون الاداء لانه دخلت علي البراءة
دونه وان الكلمة علي لما كانت للمعاوضة كان البراءة عوضا عن الاداء دون العكس ووجه السقوط علي
ما ذكرنا من الشرط ظاهر قوله وهي للمعاوضة فان قلت انها كما جاءت للمعاوضة جاءت للشرط ايضا ودعوى
انها حقيقة للمعاوضة مجاز في غيرها غير مسلم بل هي للاستعلاء او اللزوم واستعمالها في غيرها مجاز اجيب
بان مراده انها استعملت للمعاوضة والشرط جميعا وفيه نظر ومن له علي آخر الف درهم فقال اد الي
خمسمائة غدا علي انك بري من الفضل ففعل فهو بري كظاهر العبارة يشعر بان البراءة عن الفضل
انما تثبت بعد اداء الخمسمائة وليس كذلك لان الابراء المقيد يتحقق في الحال قبل وجود ما قيد به لكن ان لم
ما قيد به تقرر الابراء والا عاد الدين بعد سقوطه فحق العبارة ان يقال ومن له علي آخر الف فقال اد
الي غدا خمسمائة علي انك بري من الفضل فهو بري فان فعل تقرر الابراء والا عاد الدين وذكر
في حواشي بعض الاستاذ نور الله مرقده انه اراد بقوله ففعل قبل الاداء خمسمائة وقوله بري كان معناه في الحال
قوله الابراء لا يتوقف علي القبول وان كان يرتد بالرد فيجب الابراء ههنا وان لم يقبل فالاولي ان يقال
اراد بقوله ففعل اي فادي خمسمائة فهو بري اي براءة متقررة غير محتملة للبطلان وان لم يدفع الخمسمائة
عاد عليه الالف علي الشرط ان كان يوجب تقييد الابراء فجعلها للمعاوضة يمنع تقييده فلا يثبت التقييد
بالشك قوله ولنا ان هذا ابراء مقيد بالشرط واعترض بان كلمة علي دخلت علي البراءة دون الاداء
فلا يكون اداء الخمسمائة في الغد شرطا للبراءة واجيب بان الاتحاد ثابت بين الاداء والبراءة فصار بحكم
الاتحاد دخولها علي الاتحاد دخولها علي الاداء فامكن ان يجعل شرطا وفيه نظر لا يستلزم في الرهن اذ الاداء
يقرر الدين والبراءة تسقط فلا اتحاد بين اداء خمسمائة والبراءة عن الباقي بل بين اداء الباقي والبراءة
عنه فلا يكون دخولها علي البراءة عن الباقي كدخولها علي اداء خمسمائة فالاوضح ان يقال ان كلمة علي تحتمل الشرط بدليل مسائل
الشروط فانك اذا قلت ازورك علي ان تزورني كنت معلقا زيارة مخاطبك علي زيارتك واذا قلت ازورك
علي ان تزورني كنت معلقا زيارتك علي زيارة مخاطبك علي هذا اجماع اهل اللغة كذا ذكره بعض المحققين
من ائمة الاصول فعلي هذا التحقيق يكون اداء خمسمائة شرطا للبراءة دون العكس فلا يرد قوله
وانه يصلح عوضا اي مقصود الابراء خمسمائة فيصح التقييد به مستحقا عليه لا بناء في ان يكون الاداء في الغد
عوضا صحيحا للابراء عن الفضل اذ المديون قد يكون عاجزا ومطل ربما لا ينقطع الا بالابراء فيصلح عوضا
المماطلة

المماطلة عوضا صحيحا للابراء وما لاشتراط الاداء في الغد الحقيقة المماطلة كانه قال ابرأتك عن الفضل
بشرط ان لا تماطل في اداء الخمسمائة في الغد ووجوب الاداء ان كان حاصلا فقطع المماطلة ليس بحاصل
وانه مقيد فيصلح فائدة علي ان اداء الدين ان كان حاصلا فقطع المماطلة ليس بحاصل وانه مقيد فيصلح
فائدة علي ان اداء الدين وان كان مستحقا في مطلق الزمان فهو في زمان خاص ربما لا يبقي مستحقا
بان كان مال المديون مشغولا بحاجته الاصلية المتقدمة علي الدين وههنا قد جعل الاداء في الغد
عوضا لا الاداء في مطلق الزمان وفي بعض النسخ عوضا بالعين المهملة والواو فيكون منعا لما ذكر
ابو يوسف رح اداء الخمسمائة لا يصلح عوضا ولكن قوله فيما بعد فيحمل عليه عند تعذر الحمل علي المعاوضة
يأباه لانه تصريح بان الاداء لا يصلح عوضا واعتراف لما ذكره ابو يوسف اللهم الا ان يجعل قوله وكلمة
علي الخ نكتة اخري علي تقدير التسليم كانه اولا قال لا نسلم انه لا يصلح عوضا بل يصلح عوضا انه
ولو سلم فالواجب تصحيح كلام العاقد ما امكن وقد امكن تصحيحه بالحمل علي الشرط فيجب الحمل عليه صونا
لكلام العاقد عن الالغاء قوله وكلمة علي ان كانت للمعاوضة فان قلت كلمة علي للايجاب ولا المعاوضة
علي ما عرف في اصول الفقه فما وجه قوله ان كانت للمعاوضة قلت كانه بناء علي زعم الخصم اي سلمنا
انه للمعاوضة لكنه محتملة للشرط فيجب الاستعارة عند تعذر حمله علي المعاوضة تصحيحا لكلام
العاقد ما امكن قوله فهي محتملة للشرط لوجود معني المقابلة يعني ان المعاوضة عبارة
عن مقابلة الشي بالشي وفي الشرط المقابلة موجودة لان فيه مقابلة الشرط بالجزاء
فجاز ان يستعار وكلمة المعاوضة للشرط لوجود معني المقابلة فيه كذا في الشرح ويشكل هذا
بما ذكر في البزدوي وشرحه من ان في الشرط معني المعاقبة دون المقابلة لان ما يثبت بطريق
المقابلة يثبت معا بطريق المقارنة اذ يستحيل ان يكون الشي مقابلا الشي قبل مقابلة
ذلك الشي اياه وثبوت العوض مع المعوض من هذا الباب وما ثبت بطريق المعاقبة يكون
متاخرا كالمشروط فيكون في الشرط معني المعاقبة دون المقابلة كذا ذكر الامام فخر الاسلام
وشارحه في تحقيقه وفي المعاني فكانه تسامح وجعل المعاقبة بوجود المقارنة في حكم المقابلة
اذ الفرع في حكم القريب قوله واداء خمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا
فوقع الشك في تقييده وفيه شبهة اما اولا فلان الاداء في الغد يصلح عوضا لما صرح به
في الذخيرة حيث قال ابو يوسف بان النقل لا يصلح عوضا عن الحط لانه كان واجبا قبل
الحط قلنا النقل قبل الحط كان عوضا عن المائة وبعد الشرط جعل عوضا عن الحط
اذ الثابت مرة يعتبر اخري اذا اتاه وقد مر التصريح به في المسئلة الاولي حيث قال انه
يصلح عوضا بهذا را انما سلمه نعم انه ليس بعوض مطلق بل ضروري ولكن صلاحه للتوضيح والا لم يكن
مطلقا لكنه للتصحيح وحمله علي التقييد واما ثانيا فلما سبق ان الشرط متعارف فيجب الحمل
عليه للتعارف فالظاهر هو ما ذكر في الذخيرة ان صورة البداية بالابراء ايضا علي الاختلاف

حيث قال فعلا عن الاصل وان قال حططت عنك خمسمائة على ان تنقد لي خمسمائة اليوم
ولم تنقد لي فالمال لازم فلم تنقد الخمسمائة اليوم قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله بطل الحط والمال كله
عليه حال وقال ابو يوسف الحط جائز وجد النقد او لم يوجد وعلل بما علل المصنف رحمه الله الصورة
الاولى قوله لانه واجب عليه في مطلق الازمان اشارة الى ان الاداء في وقت خاص مطلب
قد لا يكون واجبا بان كان المال مشغولا بالحاجة الاصلية المقدمة على الدين او كان
قوله وتعليق البراءة اي الابراء لانه على بمعنى التمليك انما يوجد في الابراء لا في نفس البراءة
او المراد البراءة الحاصلة من الدائن قوله ومعنى المسئلة اذا قال سرا اما اذا قال علنا
يؤخذ به وفي فصل الذخيرة المديون اذا قال لرب الدين لا اقر لك بالمال حتى تؤخرها عني او حتى
تصالحني او حتى تحط عني فهذا عند بعض العلماء يكون اقرارا بالمال وذكر محمد رحمه الله هذه
المسئلة في كتاب الاقرار وقال لا يكون اقرارا فعلى هذا لا حاجة الى تقييد المسئلة بما اذا
قال ذلك سرا لان الاعيان حمله على ما ذكر محمد رحمه الله فيكون مطلقا فصل قوله فصار كزيادة
الولد والثمرة قلت فيجب ان الابيع المقبوض مشتركا بين القابض والساكت كالولد والثمرة
وليس كذلك بل المقبوض يملكه القابض حتى ينفذ تصرفه فيه بدون اذن صاحبه ولو وقع
على الشركة لتوقف انه كما لو تصرف في الولد والثمرة وبهذا ظهر ضعف ما ذكر في الكافي
من قوله وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق واصل الحق كان مشتركا بينهما فكذا
الزيادة لان قوله وكذا الزيادة يشير الى ان الزيادة تقع مشتركا كاصل الحق وليس
كذلك وجوابه ان المقبوض من وجه عين الدين ومن وجه غيره على ما عرف والنظر الى كونه
عينه يقتضي ان يكون المقبوض مشتركا بينهما والى كونه غيره موجب ان يكون للقابض خاصة
فقلنا بانه يدخل في ملك القابض ويكون للساكت ولاية المشاركة عملا بالوجهين فمعنى
قوله فصار كالولد والثمرة انه صار كالولد والثمرة من وجه فيثبت له ولاية المشاركة
ومعنى قوله في الكافي واصل الحق كان مشتركا فكذا الزيادة انه ينبغي ان يكون الزيادة
كاصل الحق في الوقوع على الشركة الا ان المقبوض غير الدين حقيقة وان كان عينه حكما
فاثبتنا له ولاية المشاركة دون الشركة عملا بالجهتين كون المقبوض عين الدين وغيره
قوله كثمن المبيع اذا كان اي المبيع صفقة واحدة وثمن المال المشترك انما يكون مشتركا
اذا بيع بصفقة واحدة الا ان يراد بالثمن القيمة ويحمل على صورة هلاك المال المشترك
بعد الغصب لتنبيه عن قيمة المستهلك قوله لان القابض قبض نصيبه قلت بل قبض المشترك
بينهما لما سبق ان الدين لا يحتمل القسمة قبل القبض قلنا انه ان كان لا يحتمل القسمة
قصدا فقد يحتملها ضمنا للصلح والشراء على ما سبق تحقيقه ان شاء الله تعالى قوله لكن لهم حق المشاركة
في المقبوض في صورة الاستيفاء والصلح قوله وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة في الكافي

ان شاء

ان شاء اخذ نصف الثوب لان الصلح وقع على نصف الدين وهو شايع وان القسمة في الدين حال كونه في الذمة لا يصح
الشركة في كل جزء من الدين فيتوقف على اجازته واخذ النصف لانه على اجازة العقد هذا كلام وانه مشكل
لا تم ان المقبوض قبل المشاركة باق على ملك القابض لان حق الشركة في الدين والمقبوض عين العين
غير الدين وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه هبة وقضاء دين فاذا كان المقبوض اذا قبض احدهما
حقه استيفاء ملكا للقابض فالثوب المصالح عليه عن نصيبه من الدين اولى ان يكون في ملكه فلو كان هذا الصلح
موقوفا على اجازة الشريك لزم ان لا يملك القابض الثوب ولا ينفذ تصرفه فيه وايضا اذا اشترى احدهما بنصيبه
فلا كلام ان يشاركه المشتري وعلى ما ذكرهنا وجب ان يتوقف الشرى على اجازة الآخر ايضا ويكون قبض
نصف المشتري له لانه الاجازة الا ان يجاب بان هذا الصلح في حق المصالح نافذ لا توقف فيه الا التوقف في حق الشريك
وانما افترق الصلح والشرى لان الدين يتعين في الصلح حتى لو صالح عن دين على ثوب فتصادقا ان لا دين بطل
الصلح وفي الشرى لا يتعين الدين الذي اشترى به ثمنا حتى لو اشترى بدين ثم تصادقا ان لا دين لم يبطل
الشرى بل يجب عليه اداء الثمن من ملكه فيتوقف الصلح في حق الشريك لان الدين المشترك تعين بدلا للصلح فصار
الثوب المصالح عليه بدلا عن عين الدين المشترك فمن حيث انه ليس بعين الدين حقيقة لم يتوقف هذا الصلح
في حق المصالح فيدخل في ملكه وينفذ فيه تصرفه ومن حيث انه بدل عن الدين كان في حكم عينه فيتوقف هذا الصلح
في حق الشريك الساكت ويكون اخذ نصف الثوب المصالح عليه لانه الاجازة فكان له اخذ نصفه وفي
صورة الدين ثمنا فلا يكون الثوب المشتري بدلا عن الدين المشترك بل بدلا عما في ذمته من الثمن الواجب
عليه بالشرى فلا يتوقف الشرى لا في حق الشريك ولا في حق صاحبه فلا يكون لصاحبه حق المشاركة فيه
نعم يشكل بان الصلح لما كان موقوفا وكان اخذ نصف الثوب المصالح عليه لانه الاجازة لزم ان لا يكون
للمصالح الامتناع عن التسليم نصفه لضمان ربع الدين اذ الاجازة اللاحقة كالاذن السابق ولو كان
الصلح باذن الشريك الآخر لم يكن له الامتناع عن تسليم نصف الثوب بتضمين ربع الدين فكذا اذا كان بالاجازة جازة
اللاحقة الا ان يقال هذه الاجازة وان كانت معتبرة في حق الساكت فهي غير معتبرة في حق المصالح
فقلنا بان له ان لا يعطي حق المشاركة اذا لم يضمن له المصالح ربع الدين ولا يكون له سبيل في الثوب اذا ضمنه
عملا بالوجهين جميعا قوله وان شاء اخذ نصف الثوب يشعر بان له ان يطالب المصالح نصف الثوب وليس في
التعليل الذي ذكره في الكافي قوله بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض قلت وفرق آخر ان الدين في
الصلح يتعين بدلا وفي الشرى لا يتعين حتى لو تصادقا ان لا دين بطل الصلح ولا يبطل الشرى فالثوب الذي
وقع الصلح عليه عن بعض الدين في حكم عين الدين من حيث ان الدين تعين بدلا له فكان للشريك ان يشاركه فيه
لو قبض عين ما وجب في الذمة من الدين وان الثوب المشتري لما لم يتعين ثمنا له كان الغير من كل وجه فلا يكون
للساكت ولاية المشاركة فيه قوله لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة اي لا بقبض عين الدين بوجه
بخلاف الصلح فانه وان ملكه هناك الثوب بعقده لكن الاشبه يقع بقبض عين الدين من وجه لما ذكرنا ان الدين
يتعين في الصلح وبالجملة ان ولاية المشاركة لا تثبت للساكت الا بان يقع العقد على الشركة او يكون المقبوض عين

الدين ولو من وجه

وكلا الامرين ثابت في المشتري بخلاف الصلح لان الثبوت فيه عين الدين من حيث انه يتعين بدلا فيه فافترقا
قوله ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك اي لو كان للمطلوب على احد الطالبين
دين بسبب قبل عليه وصار قصاصا فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين لشريكه لانه قضى دينا كان عليه
ولم يقبض لان الاصل في الدينين اذا التقيا قصاصا صار قصاصا بان يصير الاول مقتضيا بالثاني ولما ذكر
انما يثبت في الاقتضاء وهذا مشكل بما ذكره في المحيط انه اذا استاجر عبدا بدين كان له على الاجر يجوز
فان فسخا الاجارة فللمستاجر ان يحبس المستاجر بالدين السابق لان العقد يتعلق بمثل الدين وانما
يصير الاجرة مثله بشرط التعجيل فيقتضي شرط ليصير الاجرة مثل ووقعت المقاصة بينهما وصار الآجر
قابضا الاجر بالمقاصة فيعتبر بما لو استوفاه حقيقة هذا كلامه فلو كان آخر الدينين قضاء للاول
لا اقتضاء كما ذكرنا وجب ان لا يكون للمستاجر ولاية الحبس بالدين السابق في المسئلة المذكورة لان
الموجر حينئذ يكون قاضيا دينا عليه لا مستوفيا دينا له بل يكون المستوفي هو المستاجر والحبس انما يكون
اذا استوفى الموجر الاجرة وفي الكلام في احكام البيع الفاسد اذا اشترى عبدا من مديونه بدين
عليه سابق وقبض العبد ثم تفاسخا العقد كان له ان يحبس العبد لاستيفاء ما له عليه من الدين لان
البيع اذا اضيف الى الدراهم لا تتعلق بعين تلك الدراهم وانما تتعلق بمثلها في الذمة فاذا وجب للمديون
على المشتري مثل الدين صار الثمن قصاصا لاستوائهما قدرا ووصفا فيصير البايع مستوفيا ثمنه
بطريق المقاصة فاعتبر بما لو استوفاه حقيقة وثمة للمشتري حق الحبس الى ان يستوفي الثمن كذا هنا
هذا لفظه مع نوع اختصار لا يجوز على ما ذكرنا ان آخر الدين يكون قضاء للاول منهما وان الاول
يصير مقتضيا بالثاني يجب ان يكون البايع في هذه المسئلة موفيا بما عليه من الدين لا مستوفيا
وللمشتري مستوفيا لا موفيا وان لا يكون له ولاية حبس المبيع بعد الفسخ حتى ياخذ منه الدين لانه على هذا
التخريج ما ادى بدل المبيع حتى يحبسه بل كان قد استوفى دينه لكن انتقض الاستيفاء بالاقالة وعاد دينه
كما كان وبالجملة ان صاحب آخر الدينين ان كان قاضيا لاولهما بالآخر كان المستوفي فيما بين المستقلين هو
المستاجر والمشتري دون الموجر فيجب ان لا يكون لهما ولاية الحبس لانه بناء على ان يكون الموفي هو المشتري
والمستاجر وان كان مقتضيا يشكل هذا الطالبين للآخر فيما اذا كان له دين سابق فصار اقتصاصا
وليس الامر كذلك وغاية الامر ان يقال لما ذكر من اول الدينين يصير مقتضيا بالثاني فقد ابيان القضاء
المحققين اذ لا تصور لهما حقيقة الا بان يعتبر آخرهما قضاء للاول اذ الدين وصفا لا يتصور قضاؤه
الا باستيفاء المطالبة في آخرهما حيث يجب للمطلوب مثل ما وجب للطالب عليه عند الاداء فاما الاستيفاء
حكما فيثبت باستيفاء المطلوب سواء اعتبر بالاول او بالآخر والبايع او الموجر ان لم يكن مستوفيا حقيقة
لانه صاحب آخر الدينين فهو مستوفي حكما لانه حيث يمتنع عليه المطالبة باول الدينين ولولاه لا امتنع فصار
كانه استوفاه الا ان الاستيفاء الحكمي ليبقى حق الحبس دون اثبات الضمان لاحد الشريكين لان الاستيفاء
من وجه فيكفي لبقاء الحبس لانه قد كان فلا يزول بالشك واما الضمان فلم يكن فلا يثبت بالشك

قول

قوله والاستيجار بنصيبه قبض وهذا مشكل بمسئلة ذكرناها من المحيط فليتامل قوله واذا كان
المسلم بين رجلين اي المسلم فيه فصالح احدهما من نصيبه من المسلم فيه على راس المال اي صالح احد ربي السلم مع
المسلم اليه على ان ياخذ نصيبه من راس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اي
بدون الاجازة الآخر اما اذا اجاز صلحه فيجوز عندهم جميعا وذكر المسئلة في المبسوط فقال واذا اسلم
الرجلان الى رجل في طعام فصالح احدهما على راس ماله فالصلح موقوف عند ابي حنيفة ومحمد فان اجاز
الآخر جاز وكان المقبوض من راس المال مشتركا بينهما وما بقي من الطعام مشتركا بينهما وان لم يجزه
فالصلح باطل كذا في الشرح قوله وصلح احد الشريكين عن نصيبه في المسلم فيه خاصة باطل لا جواز له بحال
والموقوف على اجازة الشريك الآخر انما هو الصلح عن نصف المسلم فيه مشاعا من غير اضافة الى نصيبه
خاصة والشارح وضع المسئلة في صلح احد الشريكين عن نصيبه ثم قيد المسئلة بقوله اي بدون اجازة
الآخر وليس كما ينبغي لان صلح احدهما عن نصيبه خاصة باطل لا جواز له وانما الموقوف على اجازة الآخر الصلح
عن نصف المسلم فيه فلا يصح وضع المسئلة في الصلح عن نصيبه ثم التقييد بان لم يجزه الآخر على ان الاخص قلنا نصيب المسلم
فيه لم يكن متميزه عن نصيب صاحبه صارت الاضافة الى نصيبه لا الاضافة الى نصيبها وعند الاضافة الى نصيبها
يتوقف على اجازة الآخر فلذا عند الاضافة الى نصيبه قال قلت فصالح قلت سماه صلحا وان كان اقالة
في الحقيقة لان المسلم فيه يريد على راس المال عادة مبنى الصلح على الحطيطة فحيث كان في هذه الاقالة حطيطة
هي من خواص الصلح سماه صلحا لانه يترك الافضل بالادون كما في الصلح قوله على راس المال قيد لانه لو صالح
عنه على غير راس المال كان الصلح باطلا اجماعا لانه استبدال بالمسلم فيه وانه حرام قال عليه السلام لا تاخذ
الا سلمك او راس مالك انما خلاف ابي يوسف رحمه الله فيما اذا صالح احدهما على ما دفع اليه من راس المال قوله
ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر قلت
مثل هذا الخلاف فيما اذا صالح احد الشريكين في الدين عن نصيبه على ثوب او اشترى بنصيبه متاعا لانه لو جاز
الصلح والشرى في نصيبه خاصة يلزم قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر قلت نعم
ولكن قسمة الدين في الذمة انما لا يجوز اذا كان قصدا اما ضمنا فجائز وفي الصلح بنصيبه من الدين المشترك
والشراء انما يلزم قسمة الدين ضمنا لا قصدا لان هذا الصلح اقالة وهي تقع على المسلم فيه قصدا لانها
تقع على المبيع مقصودا والمبيع في باب السلم هو المسلم فيه فيلزم قسمة الدين في الذمة مقصودا وذا لا يجوز وكذا
تاجيل نصيبه من الدين لان التاجيل تبع على الدين قصدا وذلك ظاهر حتى لو كان الاجل لا عن قصد
بتاجيل احد الشريكين ايضا وذلك بان يقر احد الشريكين بالدين مؤجلا وكذبه الشريك الآخر ثبت الاجل في
حق المقر قوله وهكذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قائم بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولا
يشكل الاقالة فانها ليست برفع حقيقة بل هو بيع في حق الثالث وله ولاية البيع في نصيبه بعد القبض في المنقول
وقبل القبض في العقار ولا كذلك هاهنا لان الاقالة في باب السلم فسخ من كل وجه كذا في الشاهان قوله
اما لو لا فلان قول البعض برفع حقيقة بخلاف ما ذكره المص في باب الاقالة في وجه قول ابي حنيفة ومحمد رحمه الله

ابتداء العقد

حيث قال ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال اللفظ في مقتضياتها الحقيقة ولا يحتمل
لتحمل عليه عند التعذر لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري
لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا بمقتضى الصيغة فهذا تصريح بان الاقالة حقيقة هي الرفع وكونه بيعا
امر ضروري فنقول انها ليست برفع غير ظاهر الصحة واما ثانيا فلان قول الاقالة في باب السلم فسخ من كل وجه
يناقض ما ذكره المص في السلم من قوله فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه براس المال
شيئا حتى يقبضه كله لانه اخذ شبها بالمبيع فلا يجل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد
في حق الثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه محلا للسقوط فجعل راس المال مبيعا لانه دين مثله تم لفظه واوضح
في الشاهان بان المبيع مما يجب بالعقد وهذا سقط فلا يكون مبيعا فجعل راس المال مبيعا اذ لو لم
راس المال مبيعا لبطل الاقالة الا يرى انهما لو تقايلا في باب البيع وهلك المبيع بعد الاقالة قبل القبض
بطل الاقالة وههنا لما تقايلا وسقط المسلم فيه صار كالهالك فينبغي ان لا يصح الاقالة وهي صحيحة ولا ذلك
الا ببقاء المبيع وذلك بجعل راس المال مبيعا انتهى لفظه فظهر بهذا التحقيق ان الاقالة في باب السلم ليس
بفسخ من كل وجه بل بيع في حق الثالث فالاوجه في الفرق بين الاقالة في السلم والاقالة في البيع هو
ما اشار اليه الشارح ان العقد في باب السلم اصل لوجود المسلم فيه لانه بالعقد يثبت دينا في الذمة فكذا
بالرفع يكون اصلا بنفسه لسقوط المسلم بخلاف الشرى العين فانه اصل لوجود العقد فان الدين
ما لم يكن موجودة لا يوجد للعقد وان تعاقدا فكذا عند الدفع يكون العين اصلا للصحة الرفع
عنه فاذا كان العين اصلا والعين ذو انصباء ملك كل واحد منهما نصيبه لان ملك العين علة لنفاذ
التصرف من المالك فكانت العلة تامة واما ههنا ثبت الولاية بالعقد وقد ثبت لهما جميعا ولا يجب
ذو انصباء مشتركة بينهما بل هو علة وجوب الشركة في السلم فاعتبر ابو حنيفة رحمه الله جانب العقد
الدين كما قال ابو يوسف رحمه الله ظاهر لان السلم دين كسائر الديون وما قاله ابو حنيفة ومحمد
رحمهما الله اذل في الفرق ثم لفظه والى هذا الفرق اشار المص رحمه الله بقوله وهذا لان المسلم
فيه صار واجبا بالعقد اي موجودا به والعقد قائم بهما فلا ينفرد احدهما برفعه بعرف ذلك بالتامل
قوله فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه ولئن قال هذا منقوض بالدين فانه اذا اخذ الشريك بنصيبه
نصيب صاحبه وللآخر الرجوع بقدره وفيه عود الدين بعد سقوطه فنقول لا ينتقض لان الدين ثبوته في الذمة
امر معقول بل هو الاصل في الاثمان فجاز ان يعود بعد السقوط والمسلم فيه ثبوته في الذمة غير معقول
فلا يجوز ان يعود بعد سقوطه كذا في الحاشية وفيه ضعف لان المانع من العود انما هو السقوط من حيث
ان الساقط لا يعود الا بسبب جديد وفي هذا المعنى المعقول ثبوته في الذمة وغير المعقول سواء على انه
ينتقض بقبض المسلم فيه فان احد الشريكين اذا قبض نصف المسلم فيه كان للآخر ان يشاركه فيه مع انه يوجب عود
الدين الثالث غير المعقول بعد سقوطه فالاوجه ان يقال ان الدين لا يسقط بالقبض والاستيفاء على
ما يأتي تحقيقه في آخر كتاب الرهن فلا يلزم بمشاركة الشريك القابض عود الدين بعد سقوطه

بخلاف

بخلاف الاقالة في السلم فانه يوجب سقوط المسلم فيه عن الذمة والساقط لا يعود وجواب آخر نذكره
نعم يشكل بان الدين يسقط بالابراء ثم يعود برده الا يرى انه اذا كان لرجل على ابيه المريض دين فقال
الابن يا ابت قد خلصتك مما عليك من الدين فقال الاب لا اريد لا بعل رده لان الدين قد سقط بابراءه
وهو بالرد بعيد فيكون وصية لولده ولا وصية لوارث كذا ذكر في الذخيرة نقلا عن النوادر فظهر
ان الساقط يحتمل العود الا ان يقال القياس ان لا يعود الشيء بعد سقوطه الا بسبب جديد غير انا جعلنا
عود الدين بعد الابراء برده استحسانا دفعا للضرر المنبي عن المديون او نقول ان الساقط انما لا يعود اذا كان
سقوطه مقررا والسقوط بالابراء غير مقرر لتوقف التقرر على القبول اما السقوط في الصلح براس المال
على تقدير صحته فيتقرر بما ذكر ويشكل ايضا بانا سلمنا ان السلم لا يحتمل العود بعد السقوط لكن ذلك
اذا كان السقوط متقررا وبتقدير جواز الصلح ان كان يسقط السلم في نصيبه فسقوط غير متقرر بل
يتوقف تقرره على عدم مشاركة الغير وامتناع العود بعد سقوط لا على سبيل التقرر غير مسلم الا ان
يقال ان السقوط ههنا بالاقالة وهي لو جازت في نصيبه لكانت لازمة متقررة فيتقرر سقوط المسلم فيه
من المسلم فيه ايضا ثم اذا شاركه فيه صاحبه فلا يخ اما ان يعود حقه فيما بقي على المسلم اليه او لا فان عاد
فلا وجه له لان حقه فيه قد سقط متقررا بالاقالة التي هي متقررة فلا يعود الا بسبب جديد ولم يوجد
وان لم يوجد بطل حقه مجانا وانه اضرار به وان قلنا بصحة الصلح وعدم ولاية المشاركة للشريك
يتضرر به الشريك وكل عقد لا يمكن امضاؤه الا بالحاق زيادة ضرر بالعاقد كبيع الجذع في السقف فهو باطل
قال قلت هذا بعينه بناء فيما اذا صالح احدهما عن نصيبه من الدين على ثوب فان للساكت هناك
ان يشاركه في ربع الثوب ثم يرجع المصالح بالربع على المديون وفيه عود الدين بعد سقوطه في ضمن الصلح
المقرر لا يقال الصلح ينعقد موقوفا ان اجاز الساكت نفذ عن نصيبهما جميعا والا نفذ في نصيب المصالح خاصة
ولهذا يملكه وينفذ تصرفه فيه قبل اجازة الساكت ولو اختار اداء ربع الدين الى الساكت لا يجبر على
تسليم نصف الثوب المصالح عليه ولو كان الصلح عند مشاركة الساكت واقعا عن نصيبهما جميعا لما كان
له ولاية الامتناع عن تسليم نصف الثوب فظهر ان الصلح يقع عن نصيب المصالح خاصة ثم الشريك بالمشاركة
يتملك من قبل المصالح عوضا عما وجب عليه من اداء الربع الى الساكت فعلى هذا يسقط حقه بالصلح
ثم يعود عند المشاركة على ان الصلح بالثوب لو كان موقوفا على اجازة الشريك لم ينفذ في نصيبهما جميعا
عنده لان الاجازة بالمشاركة توقف الصلح براس المال على اجازته ايضا ثم بمشاركته التي هي اجازة لانه الا
من الساكت ينفذ في نصيبهما جميعا فلا فرق بين الصلح عن المسلم فيه بنصف راس المال وعن نصيبه من الدين بثوب
ولا يقال الدين في الصلح لا يسقط بل يقع المقاصة كما في البيع بالمقاصة لا يسقط الدين بل تمتنع
المطالبة على ما عرف فلا يكون في الصلح على الثوب عن نصيبه من الدين عود الدين بعد سقوطه
عند مشاركة الساكت اياه اما الصلح عن المسلم فيه على راس المال فيه اقالة والاقالة تفسخ على المسلم فيه
ويسقط واذا شارك فيه الساكت عاد نصيب المصالح في الربع بعد سقوطه والساقط لا يحتمل العود الا بسبب

جديد لانا نقول بل الدين يسقط بالصلح ايضا لما عرف ان الدين يتعين في الصلح حتى لو تصادقا بعد الصلح ان لا دين
بطل الصلح ومن ضرورة تعينه سقوطه اجيب بان الدين ان كان يسقط بالصلح على الثوب سقوط
المسلم فيه بالاقالة الا ان سائر الديون لا تحتمل الاستبدال ودين المسلم لا تحتمله فمتى صح الصلح عن المسلم
فيه براس المال وشاركه صاحبه كان هذه المشاركة تمليكا من قبل المصالح كما قررنا في الصلح على
الثوب عن نصيبه من الدين ثم ان رجع المصالح على المسلم اليه بربع الدين فلا وجه له لانه ان رجع [illegible]
باعتبار عود حقه في الرفع فذلك عود الدين بعد سقوطه واما باعتبار انه اضطر في اداء النصف
فيملكها الساكت على المديون من ربع الدين لانه لما اضطر الى ادائه صار كالضامن له من قبل المديون
ثم هو سلم ربع مال الصلح بدلا عن الربع المسلم فيه الذي اضطر الى ادائه فلا وجه له ايضا لان المسلم فيه
لا يحتمل الاستبدال فلا يمكن للساكت ان ياخذ ربعه عن المصالح شيئا بخلاف الصلح عن سائر الديون فان الاستبدال
فيها جائز فيمكن ان يجعل الصلح واقعا عن نصيب المصالح خاصة ثم عند مشاركة الساكت بتمليك نصفه
من الدين ممكن الضامن ما على المديون عند الاداء وهذا المصالح لما اضطر الى اداء دين الساكت
بقدر الربع جعل كالضامن له من قبل المديون كانه احال الساكت بربع الدين حتى لو صالح احدهما
مع العلم برجوعه عليه فيكون هذا المصالح على المديون باعتبار انه ادى دينه الى الساكت مضطرا فيقوم
مقامه فيكون رجوع المصالح بعد مشاركة الساكت بهذا الطريق لا بطريق عود حقه الى الدين بعد سقوطه
وهذا ايضا يصلح جوابا عما اذا اسلم في احدهما نصيبه من الدين على ما مر قوله وعلى الوجه انما يلزم
من الشركة في دين السلم لان اتحاد نقدهما وذلك ثابت لا يختلف بين ما اذا اخلطا راس المال
وبين ما اذا نقد كل واحد نقدا على حدة كذا في الحاشية وفيه نظر لان الشركة في المقبوض انما تلزم
من الشركة في دين السلم ان لو كان المقبوض هو عين ما كان في الذمة او بدله وقبض راس المال انما اذا
صالح احد الشريكين من نصيبه في المسلم فيه على راس المال ليس بقبض عين المسلم فيه وهو ظاهر ولا قبض بدله
لان هذا الصلح اقالة وفي الاقالة لا يبقى المسلم فيه حقا لرب السلم حتى ياخذه بدله كيف والاستبدال
في باب السلم حرام فلا يثبت الشركة في المقبوض الا بان يخلطا راس المال فيهما اذا لم يخلطا لا يثبت الشركة
في المقبوض فلا يشاركه صاحبه فيه فلا يؤدي الى عود المسلم فيه بعد سقوطه ثم اعترض على قوله وعلى الوجه الثاني
بالاتفاق ان انتفاء العلة لا يوجب انتفاء الحكم لجواز ان يثبت الحكم بعلة اخرى ففي صورة عدم الخلط ان
لم توجد النكتة الثانية فقد وجدت الاولى وذلك يكفي لثبوت الحكم اعني فساد هذا الصلح وعن
هذا قيل الصحيح انه على الاختلاف في الفصلين وفي قوله قالوا اشارة الى ان الصحيح غيره فصل
في التخارج قوله فلا ينوب عن قبض الصلح والاصل انه متى تجانس القبضان ناب احدهما عن الآخر
وان اختلفا ناب المضمون عن غير المضمون كذا في الكافي وانه يشكل بما مر قبيل في باب الاقالة انه
لو باع عبدا بدرهم وتقابضا ثم تقايلا ثم اشتراه قبل التسليم صح ولا بد من تجديد القبض في [illegible]

قبضه

فينوب عن قبض الشرى لان قبضه مضمون بغيره وهو الثمن فلا ينوب عن قبض الشرى كقبض الرهن
مع ان كلا من القبضين مضمون بالغير لان قبضه بعد الاقالة مضمون بالثمن وقبض الشرى ايضا مضمون
بالثمن فكانا متجانسين مع ان احدهما لا ينوب عن الآخر فكان في نيابته قبض الشراء الثابت بعد الاقالة
قبل التسليم روايتين كما وقع التصريح في بعض المواضع بان الشيء ينقض ما دونه وما فوقه وهل
ينقض مثله فيه روايتان فكان ما ذكر هنا من ان القبضين اذا تجانسا ينوب احدهما عن الآخر
على احدى الروايتين وما ذكر في الذخيرة من ان قبض الشرى الثابت بعد الاقالة قبل التسليم لكنهما
لا ينوب عن قبض الشرى الثاني على الرواية الاخرى قوله وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير
ذلك من العروض والعقار الاولى ههنا ان يؤتى باو في قوله ذهبا وفضة مكان الواو ليكون المعنى
وان كانت التركة احد النقدين وغيره اذ لا يشترط لهذا الجواب وجود النقدين بل يكفي وجود احدهما
مع غيره قوله فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر قال الحاكم ابو الفضل انما يبطل الصلح على اقل من نصيبه
من الدراهم حالة التصادق واما حالة المناكرة بان ادعت امراة على ورثة زوجها فصالحوها وهم
جاحدون بانها امراة الميت على اقل من نصيبها من المهر فالصلح جائز لان حالة المناكرة المعطي
انما يعطي لقطع المنازعة وافتداء اليمين ولا يتمكن الربوا كذا في الذخيرة وقيل انه باطل في الوجهين
وهو الظاهر لان المعطي وان كان يعطي لدفع المنازعة فالآخذ انما ياخذ عوضا عن حقه فيتحقق
الربوا في حق المدعي فينبغي ان لا يجوز الصلح الا يرى انه لو صالح مع المنكر عن الدراهم بالدنانير يشترط
القبض في المجلس لانه صرف في جانب المدعي وكذا لو صالح على عقار تجب الشفعة فيها ولو كان الاعتبار لجانب
المدعى عليه فقط لكان ينبغي ان لا يشترط القبض في المجلس ولا تجري الشفعة فكما يعتبر جانب المدعي
للزوم القبض في المجلس وجريان الشفعة فليعتبر جانبه في لزوم الربوا ايضا قوله احترازا
عن الربوا لانه لا يمكن تجويز الصلح بطريق الابراء لان الابراء عن الاعيان باطل لان الاسقاط
انما يصح في الديون لا في العيون والتركة عين كذا في الشرح وهذا انما اذا كان الذي في
يده بقية التركة مقرا بكونها في يده امانة اذا كان جاحدا لكون التركة في يده فيجب ان يصح الصلح
مطلقا لامكان تجويزه بطريق الابراء لان التركة عند الجحود مضمونة بنفسها والابراء عن الاعيان
المضمونة بنفسها جائز قوله فالصلح باطل اي في الكل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه ومتى
بطل في حصة الدين بطل في حصة العين لان العقد واحد وهو دليل لابي حنيفة رضي الله عنه في مسئلة
البيوع ان العقد الواحد اذا فسد في بعض المعقود عليه فسد في الكل كمن اسلم حنطة
في شعير وزيت ثم قيل هذا قوله وعندهما بقي العقد صحيحا فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل والفرق
لهما ان بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن بثمن واحد قال رحمه الله ذكر في الذخيرة انه
اذا دفع الثوب الى قصار ليقصره فصالحه على مكيل او موزون فان كان المكيل والموزون بعينه جاز الصلح
سواء وقع الصلح على ان يكون الثوب لرب الثوب او للقصار وان كان المكيل في الذمة فان وقع الصلح

على ان يكون الثوب للقضاء فالصلح جايز فيما يخص الثوب باطل فيما يخص قيمة الحرق لان ما يخص الثوب
والثمن لا يجوز ان يكون مكيلا او موزونا موصوفا في الذمة وما يخص قيمة الحرق يكون دينا بدين لان
قيمته في ذمة القضاء دراهم او دنانير والمكيل والموزون في الذمة ايضا دين فيكون افتراقا
عن دين بدين بهذا اللفظ فعند يبطل الصلح في حصة الحرق ولا يبطل في حصة الثوب ويجب الا يبطل
في الكل اما عنده فظاهر واما عندهما فلان بيع الدين بالدين باطل فصار كالحر مع القن قلت
الفساد في هذه المسئلة طار حيث يفسد في حصة الحرق ضرورة الافتراق لا قبض حتى لو سلم المكيل
والموزون في المجلس صح الكل والفساد الطاري لا يوجب الشيوع وفي مسئلة الكتاب الفساد
مقترن فيسري الى الكل قال قلت تمليك الدين من غير من عليه جائز الا يرى لو اشترى العبد المأذون
متاعا فوهب الثمن من مولاه جازت الهبة وانه تمليك الدين من غير من عليه وهو المولى اجيب
بان الدين وان كان على العبد فهو على المولى وهو رقبته وكسبه فصار بمنزلة غريم الميت اذا وهب
الدين من الوارث صح الدين على الوارث حكما لانه يستحق ماله ان لم يكن الدين مستغرقا او فيه
حق ان كان قوله لان فيه تمليك الدين من غير من عليه قوله تمليك الدين من غير من عليه جائز
اذا وكله بقبض الدين فليقدر توكيل بقية الورثة بقبض نصيبه من الدين تصحيحا للتصرف بالقدر
الممكن قوله وذكر الكرخي رحمه الله في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا وذكر في مبسوط
شيخ الاسلام لنا والذخيرة جواب الاستحسان والقياس كما ذكر في الكتاب من غير نسبة الى الكرخي فقال
شيخ الاسلام هذه المسئلة على وجهين اما اذا كان الدين مستغرقا او غير مستغرق ففي الاول لا يقسم
لانه لا ملك لهم في التركة لان الدين المستغرق يمنع وقوع الملك في التركة عندنا فلهذا لا يقسم واما في الوجه
الثاني فالقياس ان لا يقسم ولكن توقف الكل وفي الاستحسان يحبس قدر الدين للغرماء ويقسم الباقي
فيما بينهم بناء على ان الدين اذا لم يكن مستغرقا هل يمنع ملك الوارث في التركة ام لا فالقياس
ان لا يملك شيئا من التركة لانه ما من جزء الا وهو مشغول بالدين وفي الاستحسان يملك التركة حتى
لو كان المورث جارية حل له وطئها استحسانا نفيا للضرر عن الورثة لان التركة لا تخلو عن قليل
الدين فاذا اهلكوا جميع التركة استحسانا كان يجب الا يقسم الكل بينهم الا انه لا يقسم قدر الدين حتى
لا يحتاج الى نقض قضائه ولا يأخذ كفيلا بشيء من ذلك كذا في الشرح وقد اعترض في بعض
الحواشي على قوله وذكر في المبسوط والذخيرة جواب الاستحسان والقياس كما ذكر في الكتاب بان ما ذكر
في المبسوط يخالف ما ذكر في الكتاب اذ جواب الاستحسان في الكتاب عدم الجواز وجواب القياس الجواز
وفي المبسوط على العكس وقد يجاب بان التشبيه بما ذكر في الكتاب في حق اختلاف جواب الاستحسان
والقياس لا في جميع الوجوه اي ذكر في مبسوط شيخ الاسلام جواب الاستحسان والقياس على الاختلاف
كما ذكر في الكتاب وقد يحمل على حذف حرف النفي بواسطة او سقوط من قلم الكاتب اي لا كما ذكر في الكتاب
كتاب المضاربة قوله المضاربة شرعا شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب آخر كذا ذكره في الكافي

قال قلت

قال قلت الشركة في الربح ليس بلازم لعقد المضاربة اذ العقد قبل الربح مضاربة وليس هناك
شركة في الربح لان الشركة في الشيء لا تسبق وجوده اجيب كأنه اراد المضاربة اشتراك في الربح
بان يكون في احد الجانبين مال وفي الآخر عمل والربح ان كان لا يلزم المضاربة فاشتراط لازم لها والمراد
شركة في الربح على تقدير حصول الفقد لازم لهذا العقد وانما قال شركة لانه لو لم يشترط الشركة
في الربح فان جعل الربح كله للمضارب كان قرضا وان جعل لرب المال كان بضاعة قوله من الضرب في الارض
وهو السير سمي هذا العقد به لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله في الارض غالبا واهل المدينة
يسمونه مقارضة وهو مشتق من القرض وهو القطع فصاحب المال يقطع ذلك المال عن تصرفه ويجعل
التصرف فيه لغيره ولكنا اخترنا لفظ المضاربة لانه موافق لقوله تعالى وآخرون يضربون في الارض
يبتغون من فضل الله اي يسافرون للتجارة ونيل الربح قوله وهو وكيل فيه وفي الحاوي ورب المال
اولا امين وعند الشروع في العمل وكيل والظاهر انه وكيل بتسليم المال اليه كما نقل الشارح حيث قال
وحكم المضاربة صيرورة المضارب وكيلا بعد تسليم راس المال اليه ولكن اثر التوكيل لا يظهر الا عند
الشروع في العمل جعله وكيلا عنده قوله في البيوع اي بيوع الوكالة لا في كتاب البيوع وان
هذه المسئلة مذكورة في الوكالة بالبيع لا في كتاب البيوع قوله لانه يقبل الاضافة من حيث انه
توكيل واجارة فلا مانع من الصحة لان التوكيل يقبل الاضافة وكذا الاجارة تقبلها بان قال آجرت ولدي
هذه هذا اصح لانها تنعقد ساعة فساعة فالعقد في حق الحكم كالمضاف الى وقت وجود المنفعة يبقى
الاجارة في حق الحكم على الاضافة فكيف تكون الاضافة مانعة لصحة الاجارة قال قلت كيف تكون
المضاربة استيجارا ببعض الربح الحاصل من عمل المضارب والاستيجار ببعض ما يخرج من عمل
المستأجر لا يجوز لانه في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عليه السلام عن ذلك لما يأتي في الاجارات
قوله القياس يقتضي هذا الا انا جوزنا بالاجماع قوله لان شرط ذلك اي دراهم مسماة
الشركة اي يقتضي الى قطع الشركة لانه ربما لا يربح الا قدر دراهم المسماة قوله زيادة عشرة
اي على الجزء الشايع قال قلت فله اجر مثله لفساده اي لفساد عقد المضاربة واذا فسدت
كانت اجارة فاسدة والمستحق في الاجارة للعامل اجر مثل عمله قوله ولا يجاوز بالاجر القدر
المشروط الباء للتعدية يعني ذلك انه لا يستوفي اجر مثل قدر مشروط والتي لا يزاد الاجر على
المشروط لرضاه بالاقل قوله ولانه اي المال عين مستأجرة بالاضافة والمستأجرة بصيغة اسم
الفاعل اي المال من استأجر المضارب ليعمل المضارب في ذلك العين فصار كأجير الوحد والحال
في يده امانة فكذا هذا قوله وغيره كذلك اي ما ذكر من الشرط القاطع للشركة او الموجب
للجهالة في الربح وقد يقال شرط العمل على رب المال يفسد العقد على ما يجيء انه غير داخل في الشرط القاطع للشركة ولا
في الشرط الموجب للجهالة ففي التعميم بقوله وغير ذلك من الشروط لا يفسد بها نظر فلو قال كل شرط يجعله مقصود
المضاربة يفسده لكان اولى قوله كاشتراط الوضيعة الى الخسران وقد يقال شرط ربما يفضي الى قطع الشركة

في الربح بان يكون الخسران مستوعبا لما يحصل المضارب من الربح والشرط القاطع للشركة في الربح مفسد على ما مر **قوله** ظاهر اذ الخسران يذهب بالربح فتامل **قوله** لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه الا ولية التعليل ان يقال لان العمل يستحق على المضارب ولا يتمكن من العمل الا بتسليم المال اليه فلا بد من ان يكون المال امانة فليس بامر مطلوب في المطالبة بل هو من ضرورة قبض المال بامر المالك فلو سلم اليه كان المال امانة فكانه اراد لان المال لا بد وان يكون امانة في يده ليتمكن من العمل فلا بد من التسليم اليه **قوله** والتوكيل من صنيعهم **فان قلت** فيجب ان لا يملك المضاربة ايضا لانه ايضا من صنيعهم كما نص عليه من بعد **اجيب** بان المالك ما منعه من التضمن والتوكيل دون كلمه نبشكل في الرواية التي جاءت ان الشي يتضمن مثله والله اعلم **قوله** لان الشي لا يتضمن مثله **فان قلت** فيجب ان لا يجوز الامامة الا اذا كان الامام اقوى حالا من المقتدي لان صلوة يتضمن صلوة المقتدي على ما مر والشي لا يتضمن مثله **اجيب** بان القياس كذلك الا انا جوزنا الامامة عند تساوي حالهما بالاجماع على خلاف القياس **فان قيل** للمعير ان يعير وللمستاجر ان يوجر وللماذون ان ياذن وللمكاتب ان يكاتب وهل هذا الا تضمن الشي مثله **قوله** هولاء لا يملكون هذه التصرفات في ضمن امثالها لانهم لا يتصرفون بحكم النيابة بل بحكم المالكية فان المستعير والمستاجر يملكان المنافع ومن يملك شيئا ملك تمليكه من غيره والماذون والمكاتب يملكان التصرف اصالة حتى لا يملك المولى منعهما عن التصرف بخلاف المضارب والوكيل والمودع فانهم يتصرفون بنيابة فلا بد من التنبا فلا يملكون المضاربة والتوكيل والايداع الا بانابة المالك والانابة في هذه التصرفات لم توجد مقصودة فلو ثبت لثبت في ضمن الانابة الاولى والشي لا يتضمن مثله **فان قلت** في تضمن المثل روايتان على ما نص في المحيط جاءت في بعض المواضع فيجب ان يملك المضارب المضاربة والمودع الوديعة والوكيل التوكيل في الرواية التي ان الشي يتضمن مثله **اجيب** بان الشي وان كان يتضمن مثله ولكن اذا لم يوجد هنا كما نع من التضمن وقد وجد فان الناس يتفاوتون في الحفظ والهداية في التصرفات فلا يكون الرضا بحفظ واحد وتصرفه رضا بحفظ غيره وتصرفه ولكنه يشكل بالتوكيل فان المضارب يملكه في ضمن المضاربة فلو كان اختلاف احوال الناس مانعا من تضمن المضاربة مع جواز ان يتضمن الشي مثله لوجب ان يمنع تضمن التوكيل ايضا **قوله** لان الواو للعطف اي لمطلق العطف وانه يحتمل التفسير والمشورة والمضاربة قد تمم بقوله خذ هذا المال مضاربة بكذا بصفة الاطلاق فلا يتقيد بالشك بخلاف ما اذا قال خذ هذا المال مضاربة بالكوفة حيث خرجت المضاربة مقيدة فلا يثبت على الاطلاق **قلت** كثير الجراحة احتراز عن الشراء بالخمر لان المبيع يدخل في ملكه على وجه الفساد فيتمكن من التصرف فيه **قوله** والشرى بالميتة قيد به ليثبت الحكم في شراء الميتة بالطريق الاولى لان الشرى بها لما لم يفد الملك في بدلها ففي عينها بالطريق الاولى **قوله** فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه الى قوله فيمنع التصرف فلا يحصل المقصود **قوله** اذا اشترى المضارب نصف من يعتق عليه براس المال ونصفه لنفسه بماله ولم يكن في المال ربح نفذ شراء النصف على رب المال مع ان نصيب المضارب يعتق عليه فيمتنع التصرف فيما اشترى من مال المضارب فلا يحصل المقصود فيجب ان لا ينفذ النصف على المضارب وكذا لو اشترى

المضارب

المضارب مع اجنبي من يعتق على الاجنبي صح ونفذ على رب المال وبهذا الشراء لا يفيد التصرف في المقلب حيث يعتق نصيب الاجنبي فيفيد مال المضاربة او يعتق **قوله** لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة وبقال الا لم يكن له صنع في الملك فصنعه في الشراء الموجب للملك ابا ح ظاهر ومثله يكفي للتعدي الا يرى انه لو علق الطلاق فيها في الصحة بفعل لا بد له منه ثم مرض ووجد الشرط يصير فارا لانه الا لم يكن له بد من فعل الشرط فله من التعليق على ما مر في الكتاب فاعتبر الزوج قاصد الابطال حقها بالتعليق في الصحة وان لم يقصد بفعل الشرط لانه مما لا بد له منه فكذا ههنا **قوله** والمدعي موسر قيد بالموسر ليثبت الحكم في المعسر بالطريق الاولى لانه الا لم يجب ههنا ضمان الاعتاق على الموسر مع انه ماخوذ بالضمان في الجملة فلان لا يجب على المعسر وانه ليس بماخوذ بضمانه قط اولى **قوله** لكنه لم ينفذ العقد لشرط وهو الملك توضيحه ان للمالك حق الدعوة في مملوكه واذا كان للشخص حق الدعوة في ولد لم ينفذ فيه دعوة غيره كما لا يلحق الدعوة كولد الملاعنة لما كان للملاعن ان يدعيه لا ينفذ فيه دعوة غيره فكذا دعوة غير المالك لا ينفذ في المملوك لتعلق حق المالك في دعوته الا اذا صدقه لانه اسقط حقه والمالك ههنا قبل ظهور الربح هو رب المال دون المضارب فلا ينفذ دعوته ثم اذا ازدادت قيمته وظهر الربح ثبت الملك فيه للمضارب ايضا فنفذت دعوته كما ان الملك **قوله** كان المضاربة اذا صارت اعيانا كل عين منها تساوي راس المال لا يظهر الربح عندنا خلافا لزفر رحمه الله لانه ليس احدهما باولى من الآخر كذا في الكافي **وفيه نظر** لانه اذا كان راس المال المضاربة الف درهم فاشترى بها فرسين كل واحد منهما يساوي الفا كان للمضارب ربعهما حتى لو وهب الرجل وسلم اليه صح فلو كان عدم ظهور الربح عند ضرورة راس المال اعيانا كل منهما يساوي راس المال باعتبار انه ليس احدهما اولى من الآخر حتى يتعين باحدهما لراس المال والآخر للربح لزم ان لا يظهر الربح اذا اشترى براس المال فرسين كل منهما يساوي كما لا يظهر اذا اشترى به عبدين كل منهما يساوي راس المال وقد نص في الاسرار على ما نقل الشارح في مسئلة السنا بعد ظهور الربح فيما اذا اشترى براس المال فرسين كل يساوي وجوابه انه فرق في الاسرار بين العبدين ومسئلة الفرسين بان العبدين لا يقسمان جملة بل كل واحد منهما يكون بين الشريكين على حياله واذا اعتبر كل وحده لم يفضل شي منه على راس المال بخلاف الفرسين لانهما يقسمان جملة واذا اعتبر جملة حصل الفضل وكان العبيد لا يقسمون جملة عند ابي حنيفة فكذلك مذهبهما لانهما يقولان ان العبيد اجناس مختلفة حكما الا ان القاضي الصلاة في الجمع او تراضوا على ذلك وعلم يوجد ذلك في مسئلتنا هذا الكلام وبه يسقط النظر لان عدم الاولوية انما يكون عند اعتبار كل على حدة كان ليس غيره كما في مختلفي الجنس صنفه كالفرس والشاة او حكما كالعبدين فاما عند اعتبار الكل كشيء واحد كما في متحدي الجنس فيكون اظهار الربح فيه كما لو كان الكل دراهم او دنانير وبهذا تبين ان المراد بقوله صارت اعيانا بالاعيان المختلفة جنسا كما نص عليه في الكافي حيث اذا صارت اجناسا مختلفة **قوله** والملك اخرهما بالفسخ لان الملك شرط لنفاذ الدعوة والنسب ينفذ بعد نفاذه فثبت الملك ثم ينفذ الدعوة ثم يثبت النسب فكان النسب بعد الملك بالضرورة لانه وان كان ينفذ بعد الملك فهو يستند الى وقت العلوق فيكون متقدما معنى **قلنا** لان الالف المأخوذة كالمستحق براس المال لكونه مقدما في

ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما فان قيل لم لا يجعل الا انه رأس المال وجميع الولد ربحا قوله لان ما يجب على الولد من السعاية من جنس رأس المال فكان تعيين الالف من السعاية لرأس المال اولى كذا في الكافي واعترض عليه في الحاشية بقوله وفيه نظر لان الواجب على المضارب قيمة الام انما يجب على المضارب قيمة الام وهي من جنس رأس المال ايضا مع الفضل قلت هذا الاعتراض غير متوجه لان قيمة الام انما تجب على المضارب بعد ما تكون ربحا وتصير ام ولد الحاكم بالشركة وهي انما تكون ربحا ان لو جعل رأس المال من السعاية اما لو جعل الجارية من رأس المال لم تجب على المضارب قيمتها لعدم الشركة وامومية الولد فيلزم جعل رأس المال من خلاف جنسه وهو الجارية مع وجود ما يجانسه وهو مال السعاية على المضارب قوله الا انه اذا ربح تعد اثبت شركة في المال فيضمن كما لو خلط بغيره لانه لا صنع له في حصول الربح لا بناية على زيادة القيمة التي لا صنع له فيها وهذا ضمان التعدي فلا يثبت بدونه الا يرى ان في مسئلة رب المال العتق لبعض الولد عند ازديادة قيمته على الالف التي هي رأس المال في المسئلة التي مرت بعد دين لا يوجب الضمان على المضارب لعدم الصنع منه في زيادة نعم له صنع في الدفع الى المضارب لكنه في المدفع ليس بمتعد لان الدفع اذا آل الى الشركة صار جناية من وقته لانه ما ذون في الدفع على وجه لا يثبت لغيره شركة في المال فاذا دفع وال الامر الى الشركة صار متعديا بخلاف المسئلة ولد الجارية فانه لا يعدي منه الا الدعوة ولكن العتق لا يضاف الى الملك الحادث بعد الدعوة المستندة الى العلوق قوله لما لو خلطه بغيره وان هذا من باب الاختلاط دون الخلط الذي كان يوجب الضمان بالاختلاط لا يوجبه بل يوجب الشركة كما لو اشترى كيسا في صندوقه فاختلطا وكما لو اشترى نخلا مع ثمرها فاثمرت بعد القبض اشترك في الثمن قوله فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني كان الاولى ان يقول وان ربح الثاني لانه لا يضمن بمجرد العمل في الصحة ايضا عند ابي حنيفة انما الافتراق بين الصحيحة والفاسدة عند حصول الربح فيضمن عند حصوله في الاولى دون الثانية فكانه اراد وان عمل الثاني وربح على حذف المعطوف قوله من حين خالف بالدفع فان قلت المخالف بالدفع مذهبهم فان عندهما بالعمل وعنده بالشركة في الربح اجيب بان المخالف عنده وان كانت تثبت بالشركة في الربح لكن مستندا الى وقت الدفع فيستند الضمان اليه ايضا قوله وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد ويصح المضاربة والربح بينهما لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنا ابتداء وقد يحتاج الى الفرق بين هذا وبين ما اذا مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن فان ضمن الراهن صح الرهن كما صح المضاربة وان ضمن المرتهن فالمرتهن يرجع بما ضمن على الراهن كما ان قرار الضمان هنا على المضارب فيالان ذا الرهن في الفرق استرداد العين ينتقض قبض المرتهن باسترداد المستحق العين وبدون قبض لا يكون مرهونا وهنا ايضا استرداد المال كاسترداده ولكن لا ينعدم ابتداء اليد للمضارب على المال واستدامته ليس بشرط لحكم المضاربة حتى لو رد المضارب المال واستعان به في التصرف كان الربح بينهما على ما شرطا ولو رد المرتهن المرهون على الراهن بعارية او غيرها خرج من ضمان الرهن وفيه نظر لان العين الاكان لا يبقى مضمونا بحكم الرهن عند خروجه عن قبض المرتهن فلا يخفى انه اذا عاد الى قبضه يعود مضمونا لما عرف ان الرهن لا يبطل

بالخروج

لا يبطل بالخروج عن قبضه والقيمة ان صارت مستردة بتضمين المرتهن فقد يعود اليه بتضمينه للراهن فيبطل حكم تضمين المستحق فيصير كانه لم يسترد القيمة عن المرتهن وقد ذكر الشارحون فرقا آخر ولكنه لا يغني من الحق شيئا وسنذكره في الرهن فالاوضح في الفرق ان يقال ان المضاربة بين الاول والثاني وقعت صحيحة لا فاسدة كما اشار اليه المص رحمه الله تعالى بقوله وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فاذا كانت فاسدة لا يضمن الاول لانه اجير وله اجر مثله فلا يثبت الشركة فهذا تصريح بالمضاربة بين الاول والثاني صحيحة اذا دخلت عن المفسدات وهذا لان للمضارب الاول نصيبا في الربح فاذا شرط غيره شيئا من نصيبه جاز لانه عند شركته يضمن الاول لانه خلط مال غيره بماله بدون امره واذا ضمن يكون الربح بينهما على ما شرطا وهذا هو المراد بقوله صحت المضاربة اي يكون الربح بينهما على ما شرطا وليس المراد انها لم يكن صحيحة ولكن صحت بعد الضمان لانه لو لم يكن صحيحة لم يجب الضمان على الاول على ما نطق به قوله وان كانت فاسدة لا يضمن الاول بخلاف مسئلة الرهن فانه ظهر عند الاستحقاق انه رهن عبد غيره وهو باطل لان الرهن ايفاد الايفاء بمال غيره باطل فمتى ضمن المستحق المرتهن ظهر انه كان رهن عبد غيره فيبطل ويضمن المضاربة الثاني وان ظهر انه دفع مال غيره مضاربة ولكن هذه المضاربة صحيحة لانه ابداع وابضاع فيصح ذلك من المضارب واشتراطه لمضاربه شيئا من الربح لا يوجب الفساد لان له نصيبا من الربح فجاز ان يشترط لغيره شيئا من نصيبه الا انه اذا ربح الثاني وصار شريكه في الربح حصل خلط مال غيره بمال رب المال فيضمن له والحاصل ان المضارب الاول والراهن اذا ضمن المضارب الثاني والمرتهن قلت يكون كل واحد المضمون من وقت التسليم لان سبب ضمان المضارب الاول للثاني والراهن للمرتهن هو تسليمه لان الموجب للغرور والملك يستند الى الضمان فيظهر بعد الضمان ان المضارب الاول دفع مال رب المال مضاربة وان الراهن رهن عبد غيره او المضاربة بالرهن سابقا على التسليم الان رهن عبد غيره باطل ودفع مال رب المال الى غيره مضاربة صحيح فيما بينه وبين الثاني على ما مر وهذا يخالف ما اذا ضمن المستحق الراهن لان المستحق انما يضمنه بالقبض السابق على الراهن فيملكه بعد الضمان من حين القبض فيظهر انه رهن عبد نفسه فيتم الاستيفاء بالرهن عند الهلاك نعم يشكل بما اذا كان الراهن مودعا لانه يضمنه بالتسليم سواء ضمن المستحق الراهن او المرتهن فيجب ان يبطل الرهن في الوجهين جميعا غير ان في نفاذ رهن المودع عند اداء الضمان الى المستحق روايتان قلنا ان يمنع ثم قوله لانه مغرور من جهته في ضمن العقد يشكل بما مر في باب الاستحقاق من الاشارة الى الغرور انما يوجب الضمان في ضمن عقد المعاوضة حيث قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البائع غائبا لا يدري اين هو رجع المشتري على مشتري العبد ورجع هو على المولى وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجد حرا لم يرجع عليه على كل حال الى ان قال وعلمها اي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو ظاهر الرواية ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره انه عبد فجعل ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل ضامنا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه

فلا يحمل الا ربه ضمانا للسلامة هذا كلامه فنيه اشارة ظاهرة الى ان الغرور لا يوجب الرجوع الا في ضمن
عقد المعاوضة حتى لم يجعله موجبا للرجوع في ضمن عقد الرهن مع انه معاوضة من وجه فلانه لا يوجب
في ضمن عقد المضاربة وانه ليس بمعاوضة اصلا اولى وقد نص على ذلك في كتاب الهبة ايضا حيث
قال واذا بلغت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد
تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا في
غيره هذا كلامه فحمل المضارب الثاني راجعا على الاول بحكم الغرور في ضمن عقد المضاربة مع التصريح بان
الغرور لا يوجب الضمان في ضمن عقد لا معاوضة فيه في غاية الاشكال الا يرى ان الغرور في ضمن عقد الهبة لا يوجب
الرجوع على الواهب حتى لو استولد الجارية الموهوبة ثم استحقت لا يرجع بقيمة الولد على الواهب واما المودع
فانما يرجع بما لحقه من الضمان عند استحقاق الوديعة على المودع باعتبار انه عامل لاجله لا لاجل الغرور وان
اجيب بانا لا نسلم بان المضاربة ليست بعقد معاوضة بل هو استيجار ببعض الربح حتى كان القياس فيه عدم الجواز
لانه في معنى قفيز الطحان الا انها جوزت بالتعامل والحاجة فكان الغرور فيها موجبا للرجوع كما في ضمن عقد
البيع قلنا ان المضاربة وان كانت استيجارا ببعض الربح فهي ليست باستيجار بالنسبة الى راس المال بل
هو امانة محضة والكلام في ضمان راس المال وبالنسبة اليه لا معاوضة اصلا قوله ولانه غره في ضمن العقد
وهو سبب للرجوع مشكل لما ذكرنا ان الغرور انما يكون موجبا للرجوع اذا كان في ضمن عقد المعاوضة حتى
لا يكون موجبا له في ضمن عقد الرهن مع انه عقد معاوضة من وجه تبرع من وجه فلا يكون موجبا
للرجوع في ضمن عقد المضاربة وانه عقد تبرع بالنسبة الى تسليم راس المال من وجه اولى قوله فصل
ويصدق رب المال بعد الربح على ان يعمل معه قلت اشتراط عمله ليس بشرط فانه لو شرط بعض الربح لعبد رب المال
ولم يشترط عمله فالمضاربة جائزة والربح مشروط للعبد يكون لرب المال سواء كان عليه دين او لا اما اذا لم يكن عليه
دين فظاهر الربح له شرط لمولاه وان كان مديونا فاشتراط الربح له كاشتراطه لاجنبي واذا شرط للاجنبي ولم يشترط
عمله فالمشروط له من الربح لرب المال كذا وانما ذكر شرط العمل ليشير بذلك الى ان اشتراط عمل عبد رب المال لا يفسد المضاربة
كما يفسدها اشتراط عمل رب المال قوله لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا قلت هذا يشير بان يد المحجور
ايضا معتبرة وقد صرح في الذخيرة بان يده غير معتبرة حيث قال رجل وهب لعبد جارية وقبضها العبد ثم اراد الرجوع
والمولى غايب واذا كان العبد ماذونا كان له ذلك لانه يدعي حقا فيما هو كسب الماذون بعقد جرى بينه وبين الماذون
كالوادع شيئا في يد الماذون انه اشترى منه وان كان محجورا عليه لم يكن له ذلك لانه فيما في يده بمنزلة المودع من
جهة المولى الا يرى ان من ادعى عينا في يده انه اشتراه من المحجور لا ينتصب خصما له والفقه ان للماذون يدا معتبرة على
ما في يده كالمكاتب وليس للمحجور على ما في يده يد معتبرة ولهذا المودع ما في يده لا يجوز بيعه وان كان من كسبه ولما كان
كذلك كان رجوع الواهب في الوجه الاول متضمنا ابطال يد العبد وكان هو الخصم في ذلك فلا يشترط حضرة المولى
وفي الثاني متضمنا ابطال يد المولى حكما وكان المولى هو الخصم فيشترط حضرته هذا لفظه وقال في الكافي وهو معبر عن
نفسه اي يعقل ما يجري على لسانه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه فكان هو صاحب اليد فكان المدعي خارجا

والقول قول صاحب اليد وهذا لان الاصل ان يكون لكل انسان يد على نفسه ابانة لمعنى الكرامة
اذ كونه في يد غيره دليل الاهانة ومع ثبوت يده على نفسه لا يثبت يد الغير عليه للتنافي بين اليدين الا
اذا سقط اعتبار يده شرعا فح يعتبر يد الغير عليه وسقوط يده قد يكون لعدم اهليته بان كان صغيرا لا يعبر
عن نفسه اي لا يعقل ما يقول وقد يكون بثبوت الرق عليه لان الرق عبارة عن عجز حكمي واليد عبارة
عن القدرة وبينهما تناف فاذا ثبت الضعف انتفت القدرة ولو قال انا عبد لفلان لغير ذي اليد
وهو يعبر عن نفسه وقال الذي في يده انه عبدي فهو عبد للذي في يده لانه متى اقر على نفسه بالرق فقد
اقر بسقوط اعتبار يده فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول لذي اليد انه له ولا يقطع
يده الا بحجة وشهادة العبد ليست بحجة هذا كلامه وانه تصريح بان الرق ينافي ثبوت اليد له
وان يكون هو في يد نفسه على خلاف ما صرح به ههنا من ان للعبد يدا معتبرة وان كان محجورا
عليه وجوابه ان العبد من حيث انه ادمي مكلف له يد معتبرة ومن حيث انه رقيق يلحق بالجماد لا يد له
فله يد من وجه دون وجه فقلنا ما كان ثابتا لا يزول بالشك وما لم يكن لا يثبت بالشك وملك
الواهب يزول بالهبة اليه وقد ثبت بالشك في صحة الرجوع في الصورة المذكورة فلا يعود بالشك
وفيما اودعه العبد المحجور لا يثبت للمولى ولاية الاخذ فيما في يد غيره بالشك وعلى هذا غيرها من
المسائل والله اعلم قوله ولهذا لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه
قلت هذا اذا لم يعلم انه كسب العبد او مال المولى اما اذا علم بذلك فللمولى ان ياخذ كذا في الذخيرة
وذكر في الجامع انه اذا كان للعبد وديعة عند رجل او غصب منه الف درهم واقر الذي عنده المال ان
الذي دفع اليه المال عند هذا الرجل وصدقه المولى فان القاضي لا يامره بدفع المال الى المولى لان
العبد هو الخصم فيما هو في يده هذا اذا اقر ان المال وصل اليه من جهة عبد المدعي ولم يقر بالملك
للمدعي وكذا اذا اقر بكونه ملكا له لا يجبره القاضي على التسليم اليه لانه اقر انه ماله لكنهما تصادقا على انه وصل
اليه من جهة الغايب فقد تصادقا انه ليس بخصم كما اذا ادعى عينا في يد انسان وقال ذو اليد ان فلانا اودعه
او غصبته منه وصدقه المدعي في ذلك لا ينتصب خصما كذا ههنا كذا في الفصول قوله صح عند ابي حنيفة رحمه الله
يشير الى انه لا يصح عندهما اذ لو كان صحيحا عندهما ايضا كما ذكر في الحاشية الشاهانية من حيث ان المولى
وان كان يملك كسب عبده الماذون المديون عندهما لكن لتقدم حق الغرماء هو كالاجنبي فيصح ان يشترط
عمله مع المضارب لم يكن للتقييد بقوله عند ابي حنيفة فايدة فما ذكر في الحاشية مما يتامل فيه ولو كان ما ذكر
فيه صحيحا لكان رواية عنهما غير رواية المشار اليها في المتن قوله لان المولى بمنزلة الاجنبي
عنه الصواب ان يقال لان المولى اجنبي عنه لما عرف ان المولى لا يملك اكساب الماذون المديون عند ابي حنيفة رح
وعندهما يملك ولكن حق الغرماء مقدم فيكون المولى اجنبيا عنده حقيقة وعندهما بمنزلة الاجنبي الا ان يقال
المراد من الاجنبي هو الاجنبي من العبد دون اكسابه اي المولى بمنزلة الاجنبي من العبد عنده لانه لا يملك اكسابه
كما لا يملكه الاجنبي وعندهما ليس بمنزلة الاجنبي عن العبد لانه لا يملك اكسابه قوله ولحق بدار الحرب اي تحقق لحوقه

فصل في الحرب والقسمة

بدار الحرب بان قضي بلحوقه بها **قوله** بطلت المضاربة وهذا اذا لم يعد مسلما اما اذا رجع المرتد مسلما جاز
جميع ما فعل من البيع والشراء وكان عقد المضاربة على ما كان بخلاف الوكالة فان الموكل اذا ارتد ولحق
بدار الحرب ثم عاد مسلما لم يعد الوكيل على وكالته اما اذا لم يتصل قضي القاضي بلحوقه فلان هذا بمنزلة
الغيبة ولا يوجب عزل الوكيل ولا بطلان المضاربة اصلا سواء عاد رب المال مسلما او لم يعد كما لو مات
حسه ولم يتصل بحقه بان صار المال ناضا يبطل المضاربة مطلقا عاد مسلما او لم يعد لان المضارب بعد
ما صار المال ناضا يكون في حكم الوكيل حتى ينعزل بالموت وباللحوق بدار الحرب مرتدا اشير اليه في الحاشية
عند قوله وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها حيث ذكر فيها الارتداد واللحوق بالعطف
على الموت فقال وارتداده ولحوقه بدار الحرب ولفظ الكافي وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد
الردة في بيع العروض ونحوها فكان المعنى ان رب المال اذا مات او لحق بدار الحرب مرتدا والمال عروض
فله ان يبيعها وان كان ناضا بطلت المضاربة فهذا تصريح بان اللحوق بدار الحرب مرتدا في حكم العزل فالتقييد
وهذا اذا لم يعد مسلما تما لا يعرف له وجه **قوله** فالمضاربة على حالها يشير الى ان العهدة ترجع الى الحقوق
بعد الردة على المضارب وهذا عند ابي يوسف ومحمد ناما عند ابي حنيفة رحمه الله فالمضاربة وان بقيت بعد الردة
لكن الحقوق فيها لا ترجع الى المضارب اذ لو لزمته الحقوق لقضي من ماله ولا تصرف له في ماله فالمضاربة عنده ليست
على حالها بل تغيرت حالها من رجوع العهدة الى عدم رجوعها الا ان يراد بقوله على حالها انها باقية لم تبطل بالردة
فيكون عند الكل وفي الزرع ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها اي في قولهم جميعا حتى اذا اشترى
وباع وربح او وضيع ثم قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على
ما شرطا لان توقف تصرفاته عند ابي حنيفة رحمه الله لتعلق حق ورثته بماله او لتوقف ملكه باعتبار توقف نفسه
وهذا المعنى لا يوجد في تصرفه في مال المضاربة لانه نائب فيه عن رب المال وهو يتصرف في منافع نفسه وهذا
المعنى لا يوجد في تصرفه في مال المضاربة قلت المقصود هنا بيان الفرق بين ارتداد المضارب وارتداد رب
المال قبل لحوقهما بدار الحرب من حيث ان ارتداد المضارب قبل لحوقه بدار الحرب لا يوجب التوقف في تصرفات
مضاربة فاما لحوقهما بدار الحرب وقضاء القاضي باللحاق فيجب ان يبطل المضاربة بلحوقهما مرتدين لانه في حكم
الموت كل منهما يوجب بطلان المضاربة فكذا اللحاق الذي هو في حكم الموت وذلك لان المضاربة مما يبطل به الوكالة
والوكالة يبطل بلحوق الموكل والوكيل جميعا لان الوكالة يبطل بلحوق الوكيل بطلانا تاما عند ابي يوسف
رحمه الله حتى اذا عاد الى دار الاسلام مسلما لا يعود الوكالة وعند محمد تعود فيجب ان يبطل المضاربة بلحوق
المضارب كالوكالة ويحتمل ان يعود اذا عادت الوكالة وعند محمد تعود مسلما على الاختلاف كما في الوكالة
وفي الخزانة اربعة سعص بالموت والردة مع اللحوق والجنون والجنون المطبق هذا لفظه جعل المرتد مع
اللحوق مبطلا للمضاربة من غير فصل ليعلم ان الردة واللحوق سواء وقوله ما ذكره على هذا ما ذكر في كنز
الدقائق من قوله ويبطل اي المضاربة بموت احدهما ولحوق المالك مرتدا فحمل الشارح لان تخصيص المالك يشعر
بان المضاربة لا يبطل بلحوق المضارب مرتدا كما نص عليه في حاشية الامام معز الدين العراقي حيث قال قيد بالمالك

توقف تصرفاته وارتداد رب المال يوجب توقف

لانه لو ارتد المضارب ولحق فالمضاربة على حالها عندهم لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت
هذه لفظه وهذا لفظ الكافي الا انه ذكره في غير محله فان محله قوله ولحق وليس في ذلك لفظ الكافي فلينظر عبارة
الكافي حتى يعلم ما فيه من تغيير المحل وزيادة ما ليس فيه في الكافي ويبطل المضاربة بموت رب المال والمضارب لانه
توكيل وموت الموكل او الوكيل يبطل الوكالة ولا يورث الوكالة ولحوق رب المال مرتدا بدار الحرب لانه كالموت حتى يقسم
ماله بين ورثته ويعتق مدبره وام ولده وقبل اللحوق يتوقف تصرفه في مضاربة عند ابي حنيفة رحمه الله على النفاذ بالاسلام
او البطلان بالقتل لان عنده لو تصرف رب المال بنفسه يكون موقوفا فكذا المضارب لانه يتصرف له ولو كان المضارب
هو المرتد فالمضاربة على حالها عندهم لان عبارته انما يتوقف تصرفه لكان التوقف في ملكه لا دينا في مال المضارب وله
صحيحة ولا توقف في ملكه فبقيت المضاربة هذا لفظه فقوله ولو كان المضارب هو المرتد لبيان الفرق بين ارتداد
المضارب قبل اللحوق وارتداد رب المال قبله ولهذا لم يقيد ارتداد المضارب باللحوق والقضاء به فابطل اجماعا
لانقطاع ملكه وكونه في حكم الميت فحفظنا وظن صاحب الحاشية ان ذلك لبيان الفرق بين المضارب ورب المال
بعد لحوقهما بدار الحرب وذلك غير صحيح عندي **قوله** والمال عروض كان الاولى ان يقال والمال من غير جنس رأس
المال ليتناول ما اذا كان المال دراهم ورأس المال دنانير وبالعكس فانه اذا كان كذلك فللمضارب ان يبيع ما عنده من
النقد بجنس رأس المال فيبيع الدراهم بالدنانير وبالعكس فانه ليتمكن من رد رأس المال فكانه اراد بالعروض ما لم يكن من
جنس رأس المال اعم من ان يكون نقدا او عرضا والله اعلم **قوله** فله ان يبيعها ولا ينبغي ان يكون له الا البيع بجنس رأس المال
لان بقاء حق التصرف بعد العزل ليس الا ليصير المال من جنس رأس المال والغالب بالضرورة يتقدر بقدرها وهذه
الضرورة لا تندفع ببيع العروض بالعروض ولا بخلاف جنس رأس المال من النقود بل بيعها بجنس رأس المال فلا يكون
الا ذلك والله اعلم **قوله** وانما نظهر اي الربح بالقسمة وفي هذا نوع مخالفة لما سبق في مسألة الجارية من قوله
واذا ازدادت قيمة العبد الان ظهر الربح فهذا تصريح بان الربح نظهر بمجرد زيادة القيمة قبل ان يقع القسمة وعن هذا
قيل ان المراد بالظهور هو التميز والتعين اي الربح انما يتميز عن رأس المال بالقسمة فلا مخالفة **قوله** استحسانا لان
الربح لا يظهر الا به والقياس ان لا يجوز تصرفه لثبوت المجانسة من حيث الثمنية وفي تحسنوا الاخذ بهذا القياس فيما
اذا كان رأس المال دراهم فاشترى بدنانير حيث ينفذ ذلك على المضاربة استحسانا ولا يكون ذلك استدانة عليه
وذلك ان الدراهم والدنانير كالجنس الواحد في الثمنية فصار كما لو اشترى بالدراهم اما اذا اشترى بالمكيل مثلا ينفذ على المضارب
لا على رب المال لانه استدانة فلا ينفذ على المضارب **قوله** ولا بد من توكيله وتوكله لا يقال ان الوكيل من يعمل للغير
ورب المال في اقتضاء الديون عامل لنفسه لا للموكل فانعدم ركن الوكالة لانا نقول ان المضارب
اصل في حقوق العقود لانه العاقد فيمكن ان يستفيد رب المال ولاية الاقتضاء منه بان
يجعل قبضه اولا للمضارب ثم لنفسه بخلاف الكفيل اذا وكل من المكفول له بقبض دينه
من المكفول عنه فانه لا يصح لانه يصير عاملا للموكل اولا وهو عامل لنفسه في فكاك ذمته
عن المطالبة ولا يتصور انفكاك عمله لنفسه عن عمل الغير فاما ههنا فيتصور ان يجعل قبضه
اولا للمضارب ثم لنفسه كالغريم اذا وكل فيقبض بقبض المديون فانه يصح ويجعل قبضه

اي المديون ثم لنفسه **قوله** والمراد منه الوكالة اذ الحوالة عبارة عن نقل الدين من ذمة الي
ذمة ولا دين هنا علي المضارب حتي يحيل به ووجه الجمع بين الوكالة والحوالة ان كلا منهما يثبت له ما لم يكن
ثابتا **قوله** لانهما عملان باجر عادة في الشرح لانه اذا دفع الف درهم وقال اشتر بها كذا باجر
عشرة دراهم فهذا فاسد لانه استاجره بعمل مجهول فالشري قد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات
او استاجره علي عمل لا يقدر علي اقامته بنفسه فالشري لا يتم به ما لم يساعده البايع علي البيع و
كذلك ان سمي عدد الثياب او استاجره ببيع طعام او شرائه ثم الحيلة في جواز هذا ان
يستاجره يوما الي الليل باجر معلوم ليبيع له ويشتري فهذا جائز هذا كلامه وفي الكافي واما
الذي يبيع بالاجر كالبياع والسمسار فانه يجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجوز علي
التقاضي والاستيفا لانه وصل اليه بدل علي هذا لفظه **قوله** تراد الربح وقد يقال المضاربة عقد غير لازم
فكان لبقائه حكم ابتدائه ولو ابتدا المضاربة بعد اقتسام الربح ثم هلك بعض المال او كله لم يتراد الربح فكذا
هذا **فصل فيما يفعله المضارب** **قوله** وليس له ان يشتري سفينة للركوب قال الشارح وهذا الحكم في المضارب بنوع
كالطعام مثلا اما اذا لم يخص رب المال بالتجارة في شي بعينه كان له شراء السفينة والدواب لانه ذكر في المبسوط
ولو كان رب المال دفع المال اليه مضاربة بالنصف ولم يسم ما يشتري به طعاما او سفينة يحمل عليها الطعام او اشتري
دواب جاز ذلك علي المضارب لانه يملك التجارة في المدفوع اليه مطلقا وجميع ما اشتري به من عقود التجارة فاما
اذا دفعه اليه مضاربة علي ان يشتري الطعام خاصة فله ان يستاجر لنفسه دابة او المركب في الطعام خاصة
كما يستاجر للطعام لانه لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع تجارته في الطعام وله ان يشتري حمولة يحمل عليها
الطعام فان ذلك من صنع التجارة فان اشتري سفينة يحمل عليها الطعام فان ذلك لا يجوز علي رب المال
لان شراء السفينة لا يعد من توابع التجارة في الطعام ثم لفظه قلت ما ذكر في المبسوط لا يدل علي تقييد الحكم
المذكور في الكتاب بما اذا لم يخص رب المال بالتجارة في شي بعينه لان ما ذكر فيه يدل علي ان عقد المضاربة
لو كان مطلقا فللمضارب ان يشتري سفينة يحمل عليها الطعام للتجارة والمذكور في الكتاب هو نفي شرائها
دون الركوب **قوله** وما اشبه ذلك ومما اشبهه ما اذا كان راس المال الف درهم فاشتري شيئا بالمكيل
والموزون شيئا لا ينفذ علي المضاربة فاما اذا كان راس المال دراهم فاشتري بدنانير او بالعكس ينفذ علي
المضاربة لاتحادهما في الثمنية وقد يحتاج الي الفرق بين المضارب والوكيل فالمضارب اذا اشتري بالدراهم
وراس ماله دنانير او بالعكس نفذ علي رب المال فاما الوكيل اذا اشتري بالدراهم والموكل وكل بالشراء بالدنانير
او بالعكس نفذ علي الوكيل **قوله** فاذا دفع شيئا من مال المضاربة قال الشارح هذا يقتضي ان يكون المدفوع الي
رب المال بعض مال المضاربة وتقييده بدفع البعض يوهم ان الحكم في دفع الكل بخلافه وليس كذلك قلت
معناه وان دفع شيئا او جملة علي حذف المعطوف بما لم يذكره اكتفاء بالدليل اذ قوله ولنا ان التخلية الي اخره
يوجب التسوية بين دفع البعض والكل **قوله** يصلح رب المال وكيلا عنه شمل ما اذا كان الوكالة ذهاب بعمل
للغير حتي انه لم يصح توكيل الكفيل بقبض الدين من المطلوب لانه عامل لنفسه في قبضه حيث ابرا المطالبة ورب المال عامل لنفسه

ستما قبل ظهور الربح فيجب ان لا يصح توكيله من المضارب كيف والمضارب وكيله في العمل عن رب المال ثابت عنه فيه
فاستحال ان يكون المستحق نايبا عن نايبه وجوابه انه ليس المراد بكونه عاملا للغير ان لا يرجع نفعه اليه الا يرى ان توكيل الكفيل
بابرائه عن الدين صحيح مع ان يعم الابراء راجعا اليه بل المراد به والله اعلم ان يكون في العمل معينا للغير فيصلح معينا للغير
وكيلا ومن لا فلا ورب المال يصلح معينا للمضارب لاحتياجه الي العمل ليستحق الربح بخلاف الكفيل بابرائه القبض يستحق عليه
والمرء فيما يجب عليه لا يصلح معينا للغير فيه والمضارب وان كان فهو اصل من حيث الشركة فيمكن ان يكون رب المال
نايبا عنه في العمل الذي يستحق به الشركة في الربح الا يرى ان بعض رب المال جاير ما غير في حق حصول
الربح كله وهو الاصل والله اعلم **قوله** والمضارب في المصر ساكن بالسكني الاصلي فان قلت كونه ساكنا
بالسكني الاصلي لا ينافي ان يكون محبوسا بحق غيره اذا كان مشغولا بما ينفعه الا يرى ان القاضي نفقته في مال
العامة وان كان ساكنا في مصره لاشتغاله بما ينفعهم وبالجملة ان الحبس بحق الغير يتحقق باشتغاله بما ينفعه
ولا يحتاج الي الانتقال عن سكناه الاصلي اجيب بان المضارب كما هو عامل لرب المال فهو عامل لنفسه ايضا
فاعتبر محبوسا بحق الغير اذا خرج عن منزله وبحق نفسه اذا كان ساكنا بالسكني الاصلي عملا بالاعتبار **قوله**
حاصل الجواب لان الثمن كله علي المضارب **قوله** وقع في بعض المواضع ان يشتري الوكيل يوجب دينين
دينا للبايع علي الوكيل ودينا للوكيل علي الموكل وفي بعضها ان الثمن يجب علي الموكل ولكن المطالبة علي
الوكيل وقد ذكرناها بين الروايتين قبل الاستقصا وايا ما فالموكل وهو رب المال هنا يجب ان يعدم
الغاوحين ماية بمجرد الشراء لكن علي الرواية الاولي للوكيل وعلي الثانية للبايع فما وجه جملة حاصل
الجواب اي النظر الي آخر الحال فان قلت فثلثة ارباع الفدا علي رب المال وربعه علي المضارب لان الفدا مونة
الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح الي اخره قلت
جعل عبد المضاربة اذا ابق علي رب المال وان ظهر فيه الربح نص عليه في الكافي وغيره وذكر خلافا حيث
قال ونفقة العبد المضارب وجعله اذا ابق علي رب المال ظهر فيه ربح او لا لان ملك المضارب في الربح
قبل القسمة متردد وملك رب المال متقرر هذا كلامه وعلي ما ذكرهما من ان الفدا مونة الملك وقد صار الملك
بهما في العبد ارباعا ثلثة ارباعه لرب المال وربعه للمضارب فبقدر الفدا بقدر الملك فينبغي ان يكون نفقة
عبد المضاربة وجعله اذا ابق عند ظهور الربح ايضا مع ان الكل يوثر الملك مشكل ولكن ذكر في الذخيرة
لو اشتري بالف المضاربة جارية تساوي الفين فالحاصل من مذهب ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان النفقة
عليهما وقال محمد رحمه الله النفقة علي رب المال وعلي هذا الخلاف اذا ابق العبد فرد بالخلاف بالجعل
كالخلاف بالنفقة فرع جعل المسئلة الجعل اتفاقا علي قول ابي حنيفة رحمه الله يخرج العبد عن المضاربة
ويجبر كل منهما علي ان يعطي حصته من الجعل بقدر الحصة فقد يعتق كل واحد منهما ولن يتعين حق المضارب في الربح
الا بعد ان يعتق رأس المال وكان هذا قسمة هذا كلامه فظهر بهذا ان ما ذكر في الكافي من ان نفقة عبد المضاربة
وجعله علي رب المال ظهر ربح او لا فذلك رواية عن محمد رحمه الله اما المذهب عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
فالنفقة والجعل عند ظهور الربح علي رب المال والمضارب علي قدر الملك كالفدا ولا يحتاج الي

الفرق الاول محمد رحمه الله في رواية عنه ولكن الظاهر ان محمدا رحمه الله على هذه الرواية يجعل الفدا على
ان رب المال بعد ظهور الربح فلا حاجة الى بيان وجه الفرق لعدم الفرق بين الفدا والنفقة والجعل في
المحيط قال محمد رحمه الله في الزيادات دفع الفا مضاربة بالنصف فاشترى المضارب بها جارية تساوي الفين
فنفقتها على رب المال والمضارب على قدر ملكهما لانها مؤنة الملك فتتقدر بقدره وصار كالثمن والفدا وفي
ظاهر الرواية فرق بين النفقة وبين الثمن والفدا بان الملك ثمة على ملك تقرر وملك المضارب في الربح
غير متقرر انما يتقرر بالقسمة الا ترى ان قيمة الجارية اذا صارت الفا كانت ملكا لرب المال خاصة بخلاف
الثمن والفدا لان بالفدا يخرج بالجارية من المضاربة فيصير كالقسمة فيتقرر ملكه وبضمان الثمن يخرج نصيب
المضارب ايضا عن المضاربة ويصير كالقسمة فيتقرر ملكه فوجد شرط وجوب الثمن والفدا اما النفقة فلا تخرج
بها الجارية عن المضاربة وحال قيام المضاربة لا يظهر الملك في الربح بصفة التقرر قبل القسمة فيودي الى ايجاب
نفقة ملك الغير وانه محال اما ملك رب المال في الجارية متقرر في الاصل والربح تبع فيستقيم ايجاب النفقة
عليه لانه ايجاب على المالك على كل حال فلا يودي الى المحال ولانا اذا جعلنا نفقة الربح على المضارب صار
غرما محضا لان النفقة لا تقابل ملكه حتى يصير مستخلصا له فيحصل له عوض من وجه وهذا لان النفقة ليست
ببدل عن الرقبة انما هي للتمكين من الانتفاع ولهذا يجب نفقة العبد الموصى له بخدمته على الموصى له بالخدمة
لا على مالك الرقبة وكذا نفقة المستعار على المستعير بخلاف الفدا والثمن لان كل واحد منهما مقابل بملكه لانه
بدل عن الرقبة الا ترى انه يصير مستخلصا ملكه في الربح فيكون عوضا عن ملكه لا غرما محضا بخلاف النفقة
الا ترى ان النفقة قد تكون درهما بضاعة فكيف يملك بها ربع الجارية وليس للمضارب اصل مال يلحق به
النفقة فكان غرما محضا بخلاف رب المال لان له اصل مال يلحق به فكان من توابع التجارة حتى يلحق به
بالثمن في بيع المرابحة الا ترى ان المضارب يملك الاثبات على هذه الجارية من مال المضاربة فلم يكن غرما محضا
في حق رب المال بل يلحق براس المال فكان ايجابها عليه اولى هذه لفظه وتقابل الى قوله لما كان مؤنة الملك
مبنية على ملك متقرر وكان تقرر ملك المضارب بنا على القسمة كان قسمة الفدا والثمن على المالك والمضارب
مبنية على قسمة الربح وقد جعل للقضاة بانقسام الفدا عليهما متضمنا للقسمة كما نص به المصنف رحمه الله حيث
قال واذا فدياه خرج العبد على المضاربة نصيب المضارب له ما ساو ونصيب رب المال القضا القاضي بانقسام الفدا
عليهما لما يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة ينتهي بالقسمة هذا لفظه والبديهي كذا في المحيط فيكون القسمة بين
رب المال والمضارب مبنية على القضاء والفدا عليهما فلو كان القضاء به مبنيا على تقرر الملك المبني على القسمة لزم
الدور حيث يكون القسمة مبنية على القضاء بانقسام الفدا ويكون القضاء به مبنيا على القسمة وفساده ظاهر ثم لو كان قبل
بطلان المضاربة بمجرد جناية العبد لانه يصير كالزائل عن ملكهما ولو زال عنه حقيقة بالهلاك انتهت المضاربة
فكذا اذا زال حكما لتقرر ملك المضارب في الربح بالجناية فيلزمه الفدا الذي هو مؤنة الملك المتقرر بخلاف النفقة
والجعل فانهما لا يلزمان المضارب لعدم تقرر الملك له في الربح فلا يلزم مؤنة الملك لما لو جعل التقرر بالفدا في جعل الفدا
بالتقرر لزم الدور وجوابه ان تقرر الملك لايجاب مؤنته انما يشترط لئلا يؤدي الى ايجابها على غير المالك على تقدير عدم بقائه

ويستوي هذا المعنى التقرر قبل الفدا والتقرر بالفدا فلا يكون الفدا بناء على التقرر السابق بل يكفيه
التقرر الحاصل به باعتبار تضمنه القسمة الموجبة لانتهاء المضاربة الموجب لتقرر ملكه في الربح فلا يتوهم
الايجاب على غير المالك بخلاف النفقة فان ايجابها عليهما لا يتضمن القسمة ولا يخرج به المال عن المضاربة وذلك
ان المطلوب بالفدا سلامة المفدى له ولا سلامة الا بالقسمة لانه قبل القسمة يحتمل ان لا يسلم له فيتضمن القضا
بالفدا القسمة بينهما وبالقسمة ينتهي المضاربة وبانتهائها يتقرر ملكه في الربح اما النفقة فلا يطلب بها سلامة
الملك حتى يتضمن ذلك القسمة بل المطلوب بها قصدا سلامة المملوك وانه لا يقتضي القسمة الموجبة لانتهاء المضاربة
وكذا الجعل لا يطلب به سلامة الملك الذي هو في معرض الزوال بل عود المملوك الى يده وايضا الفدا يوجب
بمقابلة الذات حيث يعطيه عوضا عن الذات فايجابه عوضا عن ذات العبد يتضمن قسمة ذاته اما الجعل
فانما يجب عوضا واجرا عن فعل الراد لا عن الذات حتى يتضمن ذلك قسمة موجبة للتقرر وكذا نفقة
جزا الاحسان لا بمقابلة الذات فلا يتضمن القسمة على تقدير ايجابها عليهما ثم المصنف رحمه الله عليه
فرق القضاء بانقسام الفدا والقضاء بانقسام الثمن بان الاول يتضمن القسمة دون الثاني حيث قال بخلاف
ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة وصاحب المحيط
جعل القضاء بالثمن عليهما قسمة موجبة لتقرر الملك وانه مشكل لان ذلك لو كان قضاء بالقسمة لانتهت
المضاربة لانها تنتهي بالقسمة ولكن المضاربة فيما عدا نصيب المضارب باق فعلم ان ذلك ليس بقسمة موجبة
لتقرر الملك قوله فلا حاجة الى القسمة فان قلت هلا كان القضا بالرجوع على رب المال بثلاثة ارباع الثمن قسمة
كالقضا بالفدا عليهما اجيب بانه لا معنى للقسمة ههنا سوى الحكم بملك كل واحد في جزء شايع اذ لا يمكن الافراز
في العبد غير ان القضاء بالفدا على كل واحد قضا بالملك لكل منهما في جزء شايع اذ الفدا على اعتبار الملك
اما الرجوع على رب المال فليس باعتبار انه ملك ثلاثة ارباع العبد بل باعتبار ان المضارب نائب في شراء
ثلاثة الارباع فكان الملحوظ في القضاء بالرجوع هو نيابة المضارب لا ملك رب المال فلا يعتبر ذلك
قضاء بالملك لانه غير ملحوظ فيه وان كان من لوازمه والقسمة ههنا هو القضاء بالملك وهو غير ملحوظ
بالقضاء بالرجوع والله اعلم فان قلت ولان العبد كالزائل عن ملكهما ودفع الفدا كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما
قد يشكل بما اذا ولدت المرهونة ولدا فقتل انسانا خطا ففداه المولى فهو رهن مع امه على حاله فلو كان الفدا في
الجناية كابتداء الشراء منه وجب ان يبطل الرهن كما يبطل المضاربة قلت ان ولد المرهونة اذا جنى لا يجب على
المرتهن تخليصه لانه ليس في ضمانه بل يخاطب المولى بالدفع والفدا ابتداء وبما لم يجب عليه تخليصه صارت الجناية في حقه
كالعدم فلا يظهر حق الفدا في حقه فلا يبطل الرهن بخلاف مسئلة المضاربة فان الجناية ظهرت في حقهما فيصير كالزائل
عن ملكهما فيظهر حكم الفدا في حقهما وبخلاف ما اذا جنى العبد المرهون فان الراهن يعود مالكا والمرتهن الفدا بطل حكم الرهن
وسقط الدين لان جنايته ظهرت في حقه حتى يخاطب بتخليصه اولا فيكون فدا الراهن كابتداء الشراء في المرتهن ايضا
فسقط الدين ويبطل الرهن قوله لان المال امانة في يده فان قلت يشكل بما ذكر في الذخيرة ان الغاصب اذا دفع المال
المغصوب مضاربة ثم اشتراه بالكلية صحت المضاربة لان قيام الملك في راس المال وقت عقد المضاربة ليس بشرط

لصحة المضاربة لان دفع المال مضاربة ليس الا توكيل الشراء والشراء بالدراهم المغصوبة جائز فكذا التوكيل به
ووجه الاشكال ان المضاربة يصح بين الغاصب ومضاربه مع ان المال مضمون في يد مضاربه لانه غاصب
الغاصب واجيب بان المراد بكون المال امانة في يده كونه امانة بالنظر الى الدافع وفي حق الدافع المال
امانة في يد المضارب غاصبا كان او مالكا قوله بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء حيث لا
يرجع الا مرة الى آخره والاوضح في الفرق بين الوكيل والمضارب لانه ينعقد بين الوكيل بالشراء والموكل مبادلة
حكمية لانه اشتراه ليدفع الى الموكل ويسلم له كانه اشتراه الوكيل لنفسه اولا ثم باعه من الموكل حتى كان له ان
يرده الى الوكيل بالعيب واذا اختلفا في الثمن تحالفا واذا باع شيئا ثم وكل رجلا اشترى ما باع له باقل
مما باع فاشتراه باقل مما باع صح ويكون كتخلل الثالث كانه اشتراه ثم باع من البايع باقل مما باع فيجب للوكيل بالشراء كل
ما يجب للبايع عليه فاذا قبض الثمن من الموكل بعد الشراء كان مستوفيا حقه فيهلك عليه فاما المضارب فانما اشترى به
ليتصرف فيه فيربح لا ليسلم ذلك لرب المال فلم ينعقد بينهما مبادلة اصلا فلا يجب له على رب المال مثل ما وجب للبايع عليه
فلو قبض الثمن بعد الهلاك لم يكن مستوفيا حقه فلا يكون مضمونا عليه فلو هلك بعد ذلك هلك امانة قوله
وهو قائم على الامانة بعد فان قلت ما لم يجدد الوكيل قبضه بعد الشراء فالامر كما ذكر انه على الامانة لانه
قبضه كان قبض امانة والامانة لا تنوب عن قبض الاستيفاء المضمون اذا جدد القبض للاستيفاء وصار به
مستوفيا لان الوكيل بمجرد الشراء يصير بائعا من الموكل وينعقد بينهما مبادلة حكمية على ما مر فيجب دين الوكيل على
الوكيل فيتمكن من الاستيفاء اجيب بانه لا مبادلة بين الوكيل والموكل حقيقة حتى لا يستحق بها الشفعة ولا
يهلك المبيع مضمونا على الوكيل قبل ان يحبسه ولكن بينهما مبادلة حكمية من حيث ان المشتري يسلم للوكيل
من جهة الوكيل فمتى احتيج الى اعتبار المبادلة يعتبر هذه المبادلة الحكمية وحيث لا يحتاج اليه يعمل بالحقيقة وقد
احتيج الى اعتبارها فيما لم يدفع الموكل المال الى الوكيل قبل الشراء تمكينا للوكيل من الرجوع اذ لا وجه لرجوعه
سوى اثبات دين على الموكل ولا كذلك الا باعتبار هذه المبادلة فلا يثبت دينه عليه فلا يكون له ولاية
الاستيفاء فيكون المال امانة في يده بعد الشراء ايضا ولو هلك هلك من مال الموكل واذا هلك يثبت له
ولاية الرجوع فيظهر دينه على الموكل **فصل في الاختلاف قوله** ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح
اي في مقدار المشروط للمضارب من الربح بان قال رب المال راس المال الفان وشرطت لك ثلث الربح وقال
المضارب راس المال الف وشرطت لي نصف الربح **قوله** وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل
يثبت بينة رب المال تقبل فيما ادعى من الفضل في راس المال وبينة المضارب تقبل فيما ادعى من الفضل في
الربح كذا في الشروح وذكر في بعض شروح الاصل ان البينة بينة المضارب اذ هي المثبتة فان الملك لرب المال
ثابت في كل قدر لا يقوم عليه الحجة للمضارب بكون البعض راس ماله والبعض ربحا فلا يكون الثابت بالبينة **قوله**
ان النزاع هنا وقع في قدر راس المال والقدر المشروط في الربح والملك لرب المال بلا بينة هو ملك الكل
وبينته لا يقوم على الملك بل في مقدار راس المال ومقدار الربح وهو غير ثابت بلا حجة بل القول في مقدار راس المال
قول المضارب بكونه قابضا فظهر ان بينة رب المال يقوم على ما هو غير ثابت له بدون الحجة وهو قدر راس المال فما هو

ثابت بلا حجة وهو ملكه في الكل فالبينة لا تقوم عليه فاستوت بينة رب المال والمضارب في ان كل واحد منهما
يثبت ما ليس بثابت فيترجح بينة رب المال في مقدار راس المال لكونه اكثر اثباتا ويترجح بينة المضارب
في مقدار الربح لانه اكثر اثباتا فقوله فلا يكون الثبوت بالبينة غير مسلم لان ما قامت عليه البينة وهو
قدر راس المال ومقدار الربح ثبوته بالبينة ليس الا **قوله** ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال
هو بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التمليك
وهو ينكر واذا انعكست صورة المسئلة بان ادعى رب المال القرض ورب المضاربة المضاربة فقد اتفقا
على ان الاخذ باذن رب المال ورب المال يدعي ضمانا وهو ينكر فكان القول قوله
والبينة بينة رب المال لانه مدعي للضمان والبينة بينة المدعي كذا في الشروح وقد يشكل الفرق بين
هذا وبين ما ذكره الشارح نقلا عن الكافي قبيل باب فسخ الاجارة حيث قال واذا دفع الى آخر عينا ثم اختلفا
فقال الدافع قرض وقال الآخر هبة كان القول قول من يدعي القرض وعلل بان العين متقوم بنفسه والآخر
يدعي الابراء عن قيمته ووجه الاشكال ظاهر **قوله** والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة
الآخر الى البينة قال الشارح ان رب المال ايضا محتاج الى اثبات ما ادعاه ليتصل حقه اليه بل بينة رب المال
اولى بالقبول لاثباته امرا عارضا وهو الضمان والبينات لاثبات العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج
مع بينة ذي اليد فكان هذا مما يتامل في صحته وان كان رواية الايضاح تساعده انتهى لفظه والجواب
ان رب المال لا يحتاج الى اثبات ما ادعاه يثبت بقوله اذ القول هنا لرب المال فيكون بينته مثبتة لما هو ثابت بقوله
فيكون بينة المضارب اكثر اثباتا فيكون اثباتا بالقبول كبينة الخارج مع بينة ذي اليد على الملك
المطلق والى هذا اشار المص رحمه الله لقوله وعدم حاجة الآخر الى البينة يعرف ذلك بالتامل

كتاب الوديعة

في الصراح وديعة زنهاري وودايع جماعة ايداع وديعة
نهادن وبذيرفتن از كسي وداعه وهو من الاضداد ليستداع نگاه داشتن وديعه را الوديعة امانة
فان قلت الوديعة والامانة كلاهما عبارتان عن معنى واحد فجوز بينهما المبتداء والخبر قيل الوديعة خاصة
والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي
وقع على يده من غير قصد فان هبت الريح في ثوب انسان فالقته في حجر غيره والحكم في الوديعة انه
عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرا بعد الخلاف هكذا نقل عن الامام الكردري رحمه الله
والاولى ان يقال لفظ الامانة صار علما لما هو غير مضمون وكان قولنا هو امانة عنده اي غير مضمون من
غير تفاوت بين اللفظين حتى ان لفظة الامانة استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيه والوديعة ما وضع
للامانة بالايجاب والقبول وكانا متغايرين كذا في الشرح قلت انما كان الوجه الثاني اولى لان الاول يخالف
ما ذكره المص رحمه الله قبيل باب اقرار المريض حيث قال ولا كذلك في مسئلة الوديعة حيث قال و
فيها كانت وديعة وقد يكون من غير صنعه فقد جعل الوديعة بمعنى الامانة والموافق للكتاب هو
الجواب الثاني فكان اولى ولان التفسير المذكور للوديعة والامانة يشعر باشتراط الاستحفاظ في كون وديعة

واشتراط عدمه في الامانة فيكون ما بين الآن يكون الوديعة اعم من الامانة ومتى كانا متباينين
لا يصح حمل احدهما على الآخر والعجب ان الشارح اثبت بين الوديعة والامانة عموما وخصوصا لجعل
الوديعة اخص من الامانة ثم فسرهما على وجه يوجب التباين بينهما **قوله** فيستطل بصلاحهم في الطراح
العطل في براية مانون نعطل كذلك ويستعمل العطل في الخلو من الشيء وان كان اصله في الحلي **قوله** عياله
في الطراح عيال الرجل من يمونهم كذر نفقته مؤنة او باشد **قوله** يختلف في الامانة وجودا وعدما
وقوة وضعفا **قوله** فيرتضيه الارتضا خشنود شدن ويسنديدن **قوله** انها من موجبات الشركة فلا
تصلح موجبة ولقائل ان يقول الموجب للشركة هنا انما هو امكان الوصول الى عين حقه بالقسمة وهي ليس من
موجباتها بل موجبها فعل القسمة فما هو الواجب للشركة وهو امكان الوصول الى الحق على تقدير القسمة
ليس بموجب لها وما هو الموجب وهو القسمة او حقها ليس بموجب لها فانى يتحد الموجب والموجب
قوله ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط اي لا يكون له حق الشركة في المخلوط كما قال او اثر الابرا
عنده في اسقاط حق التضمين لا في تعيين حق الشركة في المخلوط واسقاط حق التضمين تبعا **قوله** وعندهما
سقط حق الضمان فتعين الشركة في المخلوط فان قلت الابراء عن الضمان يتلو الوجوب ولا يجب
الضمان للمودع الا بعد اختيار التضمين فتضمن الابراء ولو ابرأ بعد اختيار الضمان لا يكون
له سبيل في المخلوط كذا هنا اجيب بانه لا صحة للابراء عن الضمان عندهما الا بتقديم اختيار التضمين
اقتضاء او بصرف الابراء به الى حين التضمين بمعنى ابرأتك عن حق التضمين والاول يوجب بطلان حقه
في الشركة والثاني لا يوجبه فلا يبطل حقه بالشك او نقول الاول يوجب بطلان حق المشاركة والثاني
لا يوجب وكان اقل من الاول والحمل على الاقل هو المتعين عند الحاجة الى التصحيح **قوله** فالصحيح لان
احدهما لا يخلو عن حبات الاخرى فيتعذر التمييز والقسمة وقد يشكل بان الحنطة لما لا يخلو عن حبات الشعير
ينبغي ان ينقطع حق المالك فيما اذا خلط الحنطة بالحنطة اذا خلط حنطة بمثله ادون كخلط المخلوط وفيه
ينقطع حق المالك فكذا هنا وخلط الحنطة بمثلها لا يوجب انقطاع حق المالك عندهما وايضا الحنطة المغصوبة
لو هلكت يجب عليه المثل فلو كانت الحنطة لا يخلو عن حبات الشعير ينبغي ان لا يجب المثل في الحنطة اصلا
لان المخلوط عن مثلي ولذا لا يجوز بيع الحنطة بمثلها متفاضلا ولو كانت لا تخلو عن حبات الشعير لكان
ينبغي ان يجوز صرفا للجنس الى خلاف الجنس ولئن قيل وجوب المثلي وجريان الربوا في الخالصة منها دون
ما فيها حبات الشعير قلنا فكذا الكلام اعتراف منك بان الحنطة قد تخلو عن حبات الشعير فلا يصح قوله ان
احدهما لا يخلو عن حبات الآخر ولئن حمل قوله لا يخلو عن حبات آخر على الغالب كان ينبغي ان يكون المسئلة
على التفصيل اي خلط الحنطة التي فيه حبات الشعير بالشعير الذي فيه حبات الحنطة يتعين حقه في
ضمان العين بالاجماع وان خلط الحنطة الخالصة بالشعير الخالص ينبغي ان لا ينقطع حق المالك بالاجماع
لامكان التميز ولا تفصيل في المسئلة على انه ذكر في المحيط انه اذا باع حنطة بحنطة وفي كل واحد من الجانبين
حبات شعير انه لا يجوز الا متماثلا لان الشعير مغلوب فكان الجواب ان لا يكون في الحنطة من حبات الشعير وفي الشعير من

حبات الحنطة فيكون في غاية القلة ومثله لا يتقوم حتى لو باع حبة او حبتين لا يجوز لعدم التقوم فاذا لم يكن متقوما
لا يصح صرف الجنس الى خلافه لانه مبادلة ولا بد لها من التقوم وكذا يحمل مانعا للتقوم في حق الضمان لان الضمان
يبنى على التقوم وهو لا يتقوم الا في ضمن الكثير فيكون الاعتبار في الضمان للكثير وهو مثلي فيجب بالغصب
المثلي دون القيمة ثم لم يخرج الحنطة عن المثليات بحبات شعير يكون فيها تصلح للقسمة بطريق الحزر وهو الموجب
لبقاء حق المالك عندهما فلا ينقطع اما خلط المخلوط بالمخلوط فيوجب الانقطاع لتعذر التميز والقسمة لانها من غير
ذوات الامثال وقسمة الحزر لا يجري فيها **قوله** ولو خلط المايع بجنسه اعلم ان المص رحمه الله جعل مسئلة خلط
المائع بجنسه ممازجة على ثلثة اقوال احدها انقطاع حق المالك الى الضمان وهو قول ابي حنيفة رحمه الله
والثاني جعل الاقل تابعا للاكثر وهو قول ابي يوسف رحمه الله والثالث الشركة من غير خيار وهو قول
محمد رحمه الله وجعل مسئلة خلط الجنس بالجنس مجاورة كخلط الدراهم البيض بالبيض على قولين احدهما
انقطاع حق المالك الى الضمان وهو قول ابي حنيفة رحمه الله والثاني التخيير من الضمان والمشاركة في العين
وهو قولهما ولكن الفرق بين خلط المايع بجنسه وهو خلط ممازجة وبين خلط الدراهم البيض بالبيض
منها وهو خلط مجاورة على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله مشكل لاستواء خلط الممازجة وخلط
المجاورة في الاستهلاك صورة وعدمه معنى لامكان القسمة فلا وجه يعرف للتفرقة بينهما في الجواب
كما ان الا ان يقال جعل الاقل تابعا للاكثر في الممازجة مشكل لصيرورة الكل كشيء واحد بخلاف المجاورة
لعدم امكان ان يفرض الكل كشيء واحد فلا يمكن فيه ان يجعل الاقل تابعا للاكثر وذكر في الكافي
ان الخلط خلط مجاورة تعتبر التميز كخلط الدراهم البيض بالسود وانه لا ينقطع حق المالك اجماعا وخلط
مجاورة يعسر التمييز كخلط الحنطة بالشعيرة وذلك يقطع حق المالك ويوجب الضمان وقيل لا ينقطع
حق المالك عن المخلوط بالاجماع هنا فيكون له الخيار وقيل القياس ان يصير المخلوط ملكا للخالط عند
ابي حنيفة رحمه الله وفي الاستحسان لا يصير وخلط الجنس بالجنس ممازجة كخلط الخل بالزيت وكل مايع
بغير جنسه وانه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع وخلط الجنس بالجنس ممازجة ومجاورة
كخلط دهن اللوز بدهن اللوز واللبن باللبن او الحنطة بالحنطة او الدراهم البيض بالدراهم البيض
فعند ابي حنيفة رحمه الله هو استهلاك مطلق لا سبيل لصاحبه الا تضمين المودع وعندهما لا ينقطع
حق المالك عن المخلوط بل له الخيار ان شاء ضمن الخالط وان شاء شاركه في المخلوط ثم قال وهذا اذا خلط الدراهم بغير
اذابة فاما اذا اذابها فجواب ابي حنيفة رحمه الله لا يختلف بل ينقطع الملك بكل حال وعن ابي يوسف انه جعل الاقل تابعا
للاكثر وقال محمد رحمه الله شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده كما اذا شرب صبي لبن امرأتين وقد تحقيقه في
الرضاع وكذا ابو يوسف رحمه الله في كل مايع خلط بجنسه تعتبر الاكثر وابو حنيفة رحمه الله يقول بانقطاع حق المالك
في الكل هذا كلامه وانه مشكل حيث اشار اولا الى خلط الجنس بالجنس كخلط اللبن باللبن يوجب انقطاع حق المالك عنده
والتخيير بين التضمين والمشاركة عندهما واشار ثانيا الى ان خلط الجنس بالجنس ممازجة كخلط الدراهم المذاب بالمذاب واللبن باللبن
يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان عنده وعند ابي يوسف رحمه الله الاقل تابع للاكثر وعند محمد رحمه الله

شركة غير متحيز وهذا كما نرى مما يحتاج الى مزيد تامل وغاية ما يمكن مما ذكرنا اولا من ان خلط الجنس بالجنس مما زحمه
موجب التخيير للمالك بين التضمين والشركة وذلك فيما اذا لم يتمكن احدهما اقل من الآخر وما اشار اليه ثابت من
ان الاقل تابع للاكثر في خلط الجنس بالجنس فذلك فيما اذا كان احدهما اقل من الآخر والله اعلم قوله
فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلط بالباقي في ضمن الجميع قيد بالانفاق ورد المثل لانه اذا اخذ بعض
الوديعة لنفقة في حاجة ثم بدا له فرده الى موضع ثم ضاعت الوديعة فلا ضمان عليه لان رفعه حفظ
فلا يكون موجبا للضمان عليه فبقي مجرد نية الانفاق في حاجته ومجرد النية لا يصير ضامنا كما لو نوى الغصب
وان صار ضامنا بالرفع فقد عاد الى الوفاق لرد العين الى مكانه وذلك يبرء عن الضمان بخلاف
ما اذا رد مثله لانه حينئذ ملك نفسه فوضعه مكان ما انفق وهذا لا يكون عودا الى الوفاق وههنا بالوديعة
بعينها فيتحقق عوده الى الوفاق وهذا اولى من الوجهين عندي فانه لو باعها وضمنها نفذ البيع من جهته
وانما يستند ملكه بالضمان الى وقت وجوب الضمان فلو لم يكن الرفع والبيع موجبا للضمان قبل البيع
والتسليم لم يستند ملكه الى تلك الحالة فينبغي ان لا ينفذ بيعه والرواية محفوظة ان البيع نافذ فعرفنا
ان الاوجه هو الطريق كذا في الشرح قلت مسئلة البيع لا ينهض دليلا على كونه ضامنا بالرفع لان الرواية
المنصوصة ان النافذ من المودع في هذه هو البيع الذي ينعقد بالتعاطي بقبض المشتري لا البيع القولي
المقدم على التسليم فقد ذكر في الشاهان في كتاب الرهن في مسئلة من استعار غيره ثوبا ليرهنه
قال ابو حنيفة رحمه الله في المودع او باع الوديعة وضمن ان البيع لا ينفذ بل يثبت بيع آخر بالتعاطي
فالملك يسبق العقد بخلاف ما لو ضمن المشتري من المودع يثبت لا ينفذ لان الملك للمودع ههنا يثبت
بطريق الانتقال من المشتري فيتاخر عن قبض المشتري الذي يثبت به البيع بالتعاطي فلا يحل نفاذا
اصلا الى هذا لفظه فظهر ان مسئلة البيع لا يصلح دليلا على كونه ضامنا بالرفع انما يكون دليلا عليه ان لو كان
هو البيع القولي وليس كذلك على ما ذكرنا من التنصيص عند ابي حنيفة رحمه الله وايضا بيع المودع نافذ مطلقا
سواء كان البيع بعد الرفع او قبله فلو كان النفاذ لكونه ضامنا بالرفع لما كان نافذا اذا وجد قبل
الرفع والرواية مطلقة وايضا المودع لو ضحى بالشاة المودعة لم تجز وعلله المصنف رحمه الله في الاضحية
بانه يضمن بالذبح فلو ثبت له انه بعد الذبح فلو كان الموجب للضمان هو الرفع لكان ينبغي ان يصح تضحيته
لانه يضمن بالرفع لاجل الذبح فكان الملك له قبل الذبح نعم ذكر في المحيط في الفصل الحادي والعشرين
من كتاب البيوع اذا باع الوديعة وضمن القيمة للمودع انه ينفذ بيعه وطريقه انه ان كان لابسا في الغير الا انه لما
استعمل بالبيع بها الذلك فقد صير العين لنفسه فيصير ضامنا بالقبض السابق على البيع فعند ذلك الضمان
يثبت الملك له من ذلك الوقت فكان ثبوت الملك سابقا على البيع والتسليم هذا لفظه فهذا يدل
على ان الاشتغال بنحو البيع والانفاق والتهيئ لذلك يصير للقبض من الامانة الى المضمون فكان
الرفع بالانفاق موجبا للضمان قوله ولانه لا يملك عزله نفسه بغير محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلاف
ما اذا كان بحضرته هذا يقتضي انه لو جحد بحضرة المستودع ضمنها سواء طلبه بالرد اولا وقد ذكر

الاوجه

في الذخيرة انه لو جحد في وجه المودع من غير ان يطالبه بالرد بان قال ما حال وديعتي عندك ليشكره على
حفظها فجحدها لا يضمنها عند ابي يوسف رحمه الله اشكالو جحد على وجه غير قوله وليس للحاضر ان يأخذ نصيبه
عند ابي حنيفة رحمه الله انه ليس له ان يأخذه نصيبه جبرا والا فله ان يأخذه اذا ظفر به ولهذا لا يقع دفعه
قسمة بالاجماع ولهذا لو هلك الباقي في يد المودع فللغايب ان يشارك القابض فيما قبض ولو هلك في
يد القابض وللقابض ان يشارك الغايب فيما بقي في يد المودع كذا في الشاهان قوله لان دفع المودع
ان كان لا يقع قسمة فلانه ليس له ولاية القسمة فلا يخفى ان اخذ الشريك الحاضر نصيبه قسمة او القسمة في
المثليات افراز محض واخذ الشريكين منفرد باخذ عند غيبة صاحبه ولا معنى لتفرده باخذ
نصيبه سوى انه منفرد بالقسمة ولا حاجة في قسمته الى رضا صاحبه وذلك لانه افراز ولكل واحد من
الشريكين ولاية الافراز نعم ان اخذ احدهما نصيبه حال غيبة صاحبه لا يقع قسمة متقررة بل يحتمل النقض في
نصيب صاحبه اذا هلك قبل قبضه اذ قسمة احدهما بانفراد لا يربو على القسمة بالتراضي والقسمة في المثليات
اذا وقعت ثم هلك نصيب احدهما انتقضت القسمة في حقه ويبقى في حق القابض كذا ههنا وجب ان يقع
اخذ الحاضر قسمة لانه ينفرد باخذ نصيبه ثم اذا هلك نصيب الغايب قبل القبض ينتقض القسمة في حقه ويشاركه
في المقبوض اما لو هلك نصيب القابض يجب ان لا يشاركه الغايب فيما بقي في يد المودع كما لو اقتسما بالتراضي
ثم هلك نصيب احدهما قبل القبض ومعنى قوله ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع ان دفعه لا يكون
كدفع الغايب حتى يقع قسمة في حقه بصفة التقرر وان كان اخذه يقع قسمة غير متقررة يحتمل النقض
بهلاك نصيب الغايب فما ذكر في الشاهان من انه لو هلك في يد القابض فله ان يشارك الغايب
محل تامل قوله وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه مغرور من جهته فانه اودعه على انه ملكه وانه
لا يلحقه ضمان اذا هلك في يده فاذا لحقه الضمان يرجع ولا اشكال بما وقع التصريح به في غير موضع من
ان المغرور انما يوجب الضمان اذا كان في ضمن عقد المعاوضة حتى لو استحق الموهوب وضمن الموهوب له لا يرجع
على الواهب بما ضمن والمودع لم يباشر عقد الضمان لانا نذكر نا في غير موضع ان عقد المعاوضة انما يشترط
اذا لم يكن المغرور عاملا للغار اما اذا كان عاملا له كالمودع والمرتهن فانه يرجع عليه وان لم يكن الغرور في
ضمن عقد المعاوضة وذكر في الشاهان فان قلت اذا ضمنه فقد ملكه فينبغي ان لا يرجع على الاول
قلت هذا معاوضة في موضع الاجماع فان الاول ضامن بالاجماع ولم يوجب هذا عدم الضمان ثم لفظه
والاوضح ان يقال ان الملك انما يثبت للثاني اذا اختار ترك التضمين اما اذا اختار تضمينه فالملك
يثبت للاول لما عرف ان الملك انما يثبت للثاني اذا اختار ترك التضمين اما اذا اختار تضمينه فالملك
يثبت للاول لما عرف ان الملك عليه اقرار الضمان ولو سلم ان الملك يثبت للثاني فنقول انه يثبت به
تعويض بحقه وكان نفعا يشوبه ضرر وهذا الضرر جاء من قبل الاول فله ان يدفعه عن نفسه بالرجوع
اليه قوله لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحصول رايه فلا يتعدى منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم
فيضمنه بذلك اي بترك الحفظ وبهذا يظهر ان ما اختاره فيما قبل من ان المودع يضمن بمجرد رفع الوديعة للانفاق

ايضا انه

علي نفسه غير سديد لان هذا تصريح بان المودع انما يضمن بترك الحفظ المستلزم ولا يخفى ان بمجرد الدفع لا يصير
تاركا للحفظ ولا مستعملا ولا مستهلكا لها فلا يصير ضامنا ثم هنا بحث لما قرر ان المودع اذا باع الوديعة
وضمن قيمتها ينفذ البيع فلو كان الموجب للضمان هو المفارقة وترك الحفظ لكان ملكه عند تضمينه متاخرا
عن العقد اما في القولي فظاهر وكذا في المنعقد بالتعاطي لانه يثبت بقبض المشتري والملك يثبت
مستندا الي وقت المفارقة وترك الحفظ لانه الموجب للضمان فتاخر الملك عن قبضه ايضا فينبغي ان
لا ينفذ البيع اصلا وجوابه ان التعدي وان كان يثبت بالمفارقة ولكن المستند الي وقت الدفع وذلك
ان المالك ما رضي بدفعه الي غيره الا بشرط ان لا يفارقه كانه قال ولك ان تدفعه الي غيره على انك لا تفارقه
فاذا فارقه فقد فات رضاه بالدفع الي غيره فظهر منه المخالفة والتعدي من وقت الدفع فاذا ضمن القيمة
ملك من ذلك الوقت فثبت البيع بالتعاطي بقبض المشتري كما ذكرنا **قوله** ودفعه بالقضا قيد بقوله
بالقضاء لان خلاف ابو يوسف رحمه الله انما هو فيما اذا دفعه الي غيره بالقضاء اذ لو دفعه اليه بغير قضاء
فهو ضامن اتفاقا والفرق لمحمد رحمه الله بين الاقرار بالوديعة لفلان وبين الاقرار بها لغيره وبين ما اذا كان في
يده الف فقال هذا الالف لفلان لا بل لفلان آخر لا يضمن للثاني وان دفع لغيره ضمن والفرق ان الاقرار بمال الغير لا يوجب
الضمان والدفع بفعل القاضي فصار كانه هلك بلا صنعه بخلاف ما اذا دفع بنفسه لان دفعه يوجب الضمان
اما المودع فيضمن سواء دفع بنفسه او بغيره لانه مامور بالحفظ والاقرار صدقه فيضمن بترك الحفظ

كتاب العارية

وقد استعار النبي عليه السلام درعا من صفوان التمسك لصحة الاستعارة بمعنى تمليك المنافع
او اباحتها باستعارة النبي عليه السلام درعا من صفوان مشكل لما قد صح ان النبي عليه السلام اخذ الدرع منه
بغير رضا حتى قال صفوان اغصبا تاخذها يا محمد الا انه كان للحاجة الي السلاح فكان الاخذ حلالا
ولكن بشرط الضمان كمن اصابته مخمصة له ان يتناول مال الغير بشرط الضمان وهذا ليس من الاستعارة في شيء
وجوابه قد مر في السير فان قلت وهي تمليك المنافع بغير عوض وقد استدل في الشرح على ان موجب العارية
ملك المنفعة بان للمستعير ان يعير والاباحة لا تتفاوت في الانتفاع والمباح له ان يملك الاباحة **قوله**
المستعير لا يملك الاعارة على قول من يرى ان العارية اباحة المنافع والاختلاف في جواز الاعارة وعدمه
بناء على الاختلاف في ان العارية تمليك او اباحة فكيف يكون جواز الاعارة دليلا عليه ثم تعريف العارية
بتمليك المنافع بغير عوض مشكل لما ذكر في المغرب ان العارية فعلية منسوبة الي العارة بمعنى الاعارة
كالغارة بمعنى الاغارة ولا شك ان الاعارة عبارة عن تمليك المنافع بلا عوض كما نص به في الكافي فما هو
المنسوب الي الاعارة لو فسر بالتمليك المذكور لزم اتحاد المنسوب والمنسوب اليه ولا بد من التغاير بينهما فيجب ان
يفسر العارية بالعين التي ملكت منفعتها بلا عوض فيكون العارية اسما لما هو المنسوب الي التمليك تمليك المنفعة
بلا عوض والاعارة اسما للتمليك المذكور فيتغاير المنسوب والمنسوب اليه يدل عليه قوله والعارية امانة اذ
الامانة هي العين التي ملك منفعتها بلا عوض وجوابه انا لا نسلم ان الضمير في قوله وهو عايد الي العارية كما وقع
في بعض الحواشي بل الاعارة المفهومة من لفظ العارية اذ معناه الشيء المنسوب الي الاعارة اي الاعارة تمليك

اذا اصابه محصة بحر الباب ومر بال الغير ثم القيمة

المنفعة بلا عوض وانه صحيح حينئذ المراد بالتمليك التمليك اي والعارية المتملكة ثم التعريف المذكور يصدق على
الوصية بالخدمة والسكنى انها ايضا تمليك المنفعة بلا عوض وليست بعارية اذ العارية غير لازمة والوصية لازمة
بعد الموت الا ان يراد بالتمليك التاخير والوصية تمليك مضافا الي ما بعد الموت او نقول الوصية بالمنافع اعارة
غير انها لزمت لعدم تمكن الميت من الرجوع وكذا وارثه لعدم وقوع هذه الاعارة في ملكه **قوله** ونحن
نقول ان اللفظ ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي انها تنبئ العطية مشكل كما ذكر في الكافي ان
العارية مشتقة من التعاور وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة للانتفاع بملكه على ان تعود اليه النوبة
بالاسترداد حتى بناء هذا اللفظ والتعاور لا ينبئ عن التمليك نعم انه يحتمل ان يكون من العرية وان يكون
من التعاور على الاول ينبئ عن التمليك وعن الثاني لا ينبئ فلا يثبت التمليك بالشك والاباحة ادنى
الامرين فيحمل عليها عند الاحتمال **قوله** ولهذا ينعقد بلفظ التمليك قلت كما ينعقد بلفظ التمليك ينعقد بلفظ
الاباحة ايضا والاول يوجب ان يكون تمليكا والباقي يوجب ان يكون اباحة فكان محتملا فيجب
ان يحمل على الادنى وهو الاباحة لتيقنه **قوله** والمنافع قابلة للملك كالاعيان قلت نعم بعد اقامة
العين مقامها وجعلها موجودة حكما لا يمكن الا بعد كونها معلومة وهي في العارية مجهولة وجوابه
سياتيك **قوله** ولان الملك يثبت عند القبض وعند ذلك لا جهالة وقد يشكل بان الملك لو ثبت بالانتفاع
لا قبله فينبغي ان لا يصح اعارة المستعير لان الاعارة منه لا يكون الا قبل الانتفاع فاذا لم يكن مالكا للمنافع
قبل ذلك كيف يصح تمليكه من غيره وجوابه ان عقد الاعارة اولا يقع على العين باقامتها مقام جميع
منافعها لتعذر تعين البعض دون البعض فيقع التمليك اولا على العين باعتبار كونها منفعة حكما ثم
اذا وجد المنافع بالانتفاع شيئا فشيئا ينتقل العقد من العين الي المنفعة لانها هي المقصودة بالعقد فيكون
الاعارة عقودا متجددة حسب تجدد المنافع كالاجارة اذا ثبت هذا فاعلم ان ما قاله الخصم من ان المنافع مجهولة
ومع الجهالة لا يصح التمليك غير سديد لانه ان اراد بالمنافع الحكمية التي يقع العقد عليها ابتدا فهو ظاهر الفساد
لان المنافع الحكمية عبارة عن العين التي قامت مقام جميع المنافع وهي معلومة قطعا وان اراد المنافع التي ينتقل
العقد اليها شيئا فشيئا حين حدوثها فكذلك لان المنفعة التي ينتقل اليها العقد لا يكون الا معلومة لان العقد انما ينتقل
اليها حال وجودها وعند الوجود يكون معلومة لا محالة فعلى هذا التحقيق يكون معنى قوله ولان الملك يثبت
بالقبض ان الملك في المنافع الحقيقية التي ينتقل العقد اليها يثبت بالقبض والانتفاع اما المنافع الحكمية التي يقع
العقد عليها اولا فيثبت الملك فيها بقبض العين فيصح اعارته باعتبار هذا الملك فلا يرد ولهذا خرج الجواب عما ذكرنا
من الاشكال عند قوله والمنافع قابلة للملك وذلك لان المجهول من المنافع في الحال هو المنافع التي ينتقل العقد
اليها حال وجودها لان مقدارها غير معلومة في الحال اما جميع المنافع التي تقوم العين مقامها فمعلومة فيمكن
اقامة العين مقامها فان قلت كيف تقام العين مقام جميع المنافع والتمليك لا يقع الا على بعضها **قوله** لا انا لا نسلم بل
التمليك يقع على الكل غير انه بالاسترداد يمنع المستعير عن تحصيل المنافع وله ذلك لانه عقد غير لازم ولا يلزم من
تمليك الكل وقوع الملك في الكل الا يرى ان الاجارة تمليك للمنافع الحادثة في المدة ثم قد لا يثبت الملك في الكل

بانفساخ الاجارة قبل مضي المدة كالو مات احد المتعاقدين قبل انقضاء المدة هذا والكلام بعد محل نظر حيث
ذكر في الكافي في متفرقات كتاب البيوع انه لو اعار المغصوب من الغاصب جاز ولم يبرأ من الضمان حتى ينتفع
لان الاعارة هبة المنافع فلا يوجب الملك بلا قبض فاذا صار قابضا بالاستعمال يبرأ عن الضمان هذا لفظه
فلو كان الملك يثبت فيها بقبض العين على ما ذكرت وجب ان يبرأ الغاصب عن الضمان بمجرد قبض العين بحكم
الاعارة وليس فليس **قوله** ويفسد ذلك لاجهالة فان قلت فيجب ان يصح الاجارة عند عدم بيان المدة ايضا
لانها ايضا لتمليك المنافع والعوض فيها يجب بالقبض وعند ذلك لاجهالة بل يجب الاجر بقدر ما قبض **قوله**
لانها لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا اعلم ان الحمل حقيقة هو الاركاب ويستعمل لتمليك
العين والمنافع تجوزا فاذا علم ان الحقيقة غير مرادة فان كانت هناك قرينة على ان المراد احد المعنيين المجازيين يحمل عليه
والا يحمل على تمليك المنافع لانه ادنى فكان متيقنا فعلى هذا كان المراد من قوله لانها لتمليك العين انها تستعمل
لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة اي عند العلم بان الهبة غير مرادة يحمل على تمليك المنافع لانه تعين مراد العدم
المزاحم وكذا اذا لم يدر انه اراد الهبة او لم يرد يحمل على المنافع لانه ادنى فكان متيقنا ولهذا التحقيق يسقط ما
اعترض هنا بانه لو كان لتمليك العين حقيقة والحقيقة مراد باللفظ بل بنفسه فعند عدم ارادة الهبة لا يحمل على
تمليك المنافع بل الهبة وبان المص رحمه الله جعل هذين اللفظين هنا حقيقة لتمليك العين مجازا لتمليك المنفعة
ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان الفاظها وحملتك على هذه الدابة اذا نوى الهبة وقال بان الحمل هو الاركاب
حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة فيحمل عليه عند نيته ووجه السقوط ظاهر الا ان فيه نوع
تكلف ثم توضيحه ان قوله لانها تمليك العين يعني انها يستعملان لتمليك العين فكان مزاحما لتمليك المنفعة فلابد
للحمل على تمليك المنافع من انقطاع مزاحمة تمليك العين اياه وانما ينقطع مزاحمته اذا قامت القرينة على عدم ارادته
فلابد ان يشترط قيام القرينة على عدم ارادته وبهذا يسقط الاشكال الثانية لان دعوى استعمال لفظ الحمل
في تمليك العين لا ينافي دعوى المجاز واما الاول فلان الحمل لما كان مجازا في تمليك العين وتمليك المنافع
جميعا كان عدم ارادة احدهما كافيا لدفع مزاحمة الآخر اذ المعنى المجازي يحتاج في ثبوته الى الارادة وان كان
الحقيقة لا يحتاج اليه نعم يشكل بالنظر الى قوله فيجب هذا الثوب لانه ان كان موضوعا لتمليك العين فقط لم يستقم
قوله عند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع لما ان عدم ارادة الحقيقة لا ينافي الحمل عليها لعدم احتياجها الى الارادة
وان كان موضوعا لتمليك المنافع او كان مشتركا لم يصح قوله يحمل على تمليك المنافع تجوزا اللهم الا ان يراد وعند عدم
امكان ارادة الهبة شرطا لحملها على تمليك المنافع اما المنع فلعدم الحقيقة لانه حقيقة في الهبة اما الحمل فلقطع المزاحم
لان الهبة معنى مجازي كالعارية ففيه لم ينقطع مزاحمته لاستعمال العارية فان قلت قوله في كتاب الهبة ان الحمل هو
الاركاب حقيقة فكان عارية لكنه يحمل الهبة يشعر بان الحمل على العارية لا يحتاج الى قيام القرينة على عدم
امكان الهبة او على عدم امكان الهبة او على عدم ارادته اجيب بان ذلك اشارة الى تخريج آخر وهو ان الحمل
حقيقة هو الاركاب الا انه اذا تعذر الحمل عليه يزاحم فيه مجازان تمليك العين وتمليك المنفعة لكن الثاني ادنى
فيحمل عليه فان قلت بينهما تنافي اذ التخريج المذكور هنا يشعر بان عدم امكان ارادة الهبة شرط للحمل

على العارية والمذكور ثمة يشعر بانه ليس بشرط بل يجب ان يحمل على العارية لكونه اقل عند امكان الهبة ايضا
قلت جاز ان يكون في المسئلة روايتان فلا تدافع **قوله** وانما وجب الرد مؤنة كنفقة
المستعار هذا يدل على ان الرد يجب على المستعير مطلقا وذكر في الذخيرة رجل اعار رجلا شيئا ليرهنه
فرهنه يجب الرد على المعير لان المعير فيه منفعة لانه لو هلك ضمن المستعير فصار كالاجارة قالوا وفي هذا
نظر لان رد العارية على المستعير وهذا من جملة العواري وما ذكر من الضمان فليس بمنفعة للمعير لانه انما
على المستعير رد الدين دون الرهن وضمان الدرهم مقابله عين قيمته مائة درهم لا تعد منفعة بخلاف
الاجارة لان منفعته تعود الى الاجر حيث ياخذ العين بازاء المنفعة والعين خير من المنفعة وكذا هذه
المنفعة تحصل له على اعتبار سلامة العين فجاز ان يعتبر في ايجاب مؤنة الرد عليه احترازا عن قوله عليه السلام
لعصمة وعليه غرمه كذا ذكر الشارح في الرهن **قوله** وقد وقع التصريح منهم في غير موضع بان المستعير
في مسئلة الرهن بمنزلة المودع حتى لو خالف ثم عاد الى الوفاق برئ عن الضمان كالمودع بخلاف المستعير
بانه لا يبرأ عنه بالعود الى الوفاق وانما كان بمنزلته لانه عامل للمعير حيث انه تحقق مقصوده بالتسليم
الى المرتهن وهو رجوع المعير عليه على تقدير صيرورة المستعير قاضيا دينه من المستعار عند الهلاك في يد
المرتهن وسيأتيك تحقيقه في الرهن ان شاء الله تعالى فظهر ان الرد في مسئلة الرهن على المالك لانه من كل وجه
فلا يكون في حكم المودع فينبغي ان لا يبرأ عن الضمان اذا خالف ثم عاد الى الوفاق فالمسئلة بخلافه
قوله لان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما فوقه **قوله** كما لا يتضمن ما هو فوقه لا يتضمن
مثله ايضا على ما قرر في غير موضع فينبغي ان لا يصح اعارة المستعير ايضا ولئن جازت الاعارة باعتبار انه
ملك المنافع فلتجز الاجارة بذلك الاعتبار ايضا كما جاز من المستاجر قلت الشيء لا يتضمن ما فوقه باتفاق الروايات
وفي تضمن المثل روايتان يتضمن في رواية ولا يتضمن في اخرى والدليل مبني على الاولى فلا يشكل
بالاعارة او نقول علل المص رحمه الله بطريق الترديد فقال لو صحت الاجارة بطريق التضمن او باعتبار ملكه
المنافع لا سبيل الى الاول لان الشيء لا يتضمن مثله فكيف ما فوقه ولا الى الثاني لانا لو صححناها لا يصح الا
لازما لانه ح يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء
المدة فابطلناه **قوله** اذا ثبت بتسليط من المعير كان هو راضيا بهذا الضرر لكن معناه لو صححنا الاجارة
لصححناها بجعل المعير مسلطا المستعير عليها وفي جعله مسلطا زيادة ضرر به فلا نجعله مسلطا دفعا للمزيد الضرر عنه
وليس معناه ان التسليط يثبت من قبله حتى يثبت برضاه لهذا الضرر بل التسليط على الاجارة لم يوجد من جهته
فلو صححناها لجعلنا المعير مسلطا عليها اذا صحت بدون التسليط ولو جعلناه مسلطا وقعت الاجارة لازمة
فيتضرر المعير بانسداد باب الاسترداد واجيب عنه في الحاشية بان هذا الضرر وان حصل برضاه ولكن يفضي الى
المنازعة لان المالك يسترد بناء على الاعارة هو المستاجر لا يعطيه بناء على لزوم الاجارة فلا يجوز كبيع الجذع
في السقف بنفسه وان حصل برضا المالك لما ذكرنا من المنازعة **قوله** ولانا لو صححناها لا يصح الا لازما لانه ح يكون
بتسليط من المعير الخ يشكل بما اذا اذنها في دار واحد على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها

لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا التهايؤ ولكل واحد ان يستغل ما اصابه اي يطلب غلته بالاجارة
شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه فقد صحت اجارة احد الشريكين بعد التهايؤ ولانا
لو صححناها لا يصح الا لازما الى انقضاء مدة الاجارة ونحن نقول لا لازما زيادة ضرر بالشريك الآخر لسد باب
النقض وقسمة العين وبابه مفتوح لما عرف انه لو وقع التهايؤ فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة
من القاضي يقسم ويبطل المهايأة لانه ابلغ وبعبارة اخرى ان التهايؤ غير لازم فلو صحت الاجارة لزم لزوم ما لا يلزم
او عدم لزوم ما يلزم وهذا لان الاجارة لازمة في الاصل فلو ملك الشريك جاز الاجارة فاما ان يقع هذه
الاجارة لازمة لزوم التهايؤ الذي هو غير لازمة والاول عدم لزوم ما يلزم وهي الاجارة فيلزم خلاف موضوع
التهايؤ او خلاف موضوع الاجارة قلت وضمنه حيث وتمه وفيه بحث لان المستعير يملك الايداع في الصحيح فاذا لم
ينعقد الاجارة بقي ايداعا او اعارة ولو اودع او عار غيره لا يضمن كذا اذا آجر ولو سلم انه لا يملك الايداع
والاعارة فيما يختلف بالمستعمل ولا يخفى ان المستعير كالمودع في ان كلا منهما مأمور بالحفظ منهي عن الخلاف
ثم المودع لا يصير بالدفع الى غيره ضامنا بل المفارقة فكذا المستعير اذا دفع الى غيره بالاجارة يجب ان لا يضمن بمجرد
الدفع وانما يضمن اذا فارقه لانه حافظ قبل المفارقة تارك للحفظ بعدها او عمل فيه المستاجر اذا كان مما يختلف
باختلاف المستعمل كالمضارب ليس له ان يضارب ولكن لو دفع الى غيره مضاربة لم يضمن بالدفع بل بعمله كما هو
ظاهر الرواية او بحصول الربح كما هو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لان الدفع قبل العمل ايداع وبعد العمل ابضاع
والتعليل بملكهما المضارب الى آخر ما قرره والمستعير ايضا يملك الايداع والاعارة فلا يضمن بمجرد الدفع ولا
بالانتفاع به لانه له ان ينتفع بتسليط من المستعير الا انه لا يجب عليه الاجر لعدم ولاية التمليك بالعوض فبطل الاجر
وبقي اعارة مجردة والاعارة لا توجب الضمان اما فيما لا يختلف استعماله فظ لانه يملك اعارة مثله وكذا
فيما يختلف لانه ان لم يكن اعارة فقد يملك ايداعه فبطل الاجارة والاعارة وبقي ايداعا مجردا ولو اولان
من قضية الاعارة الانتفاع انما ذكر بلفظ او لان النكتة الاولى منقوضة بما اذا امر غيره ان يطعم غيره
طهارة فغصل جاز لانه صار ممتلكا منه اقتضاء وقد وجد القبض المتمم للتمليك وهو قبض الفقير لانه يقبض له
اولا ثم لنفسه وللمامور ان يرجع على الآمر في ظاهر الرواية لانه يحتمل القرض والهبة فلا يرجع بالشك فلا يثبت
الاستقراض مع كونه ادنى من الهبة قوله لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع
عليه دفعا للضرر عن نفسه واعترض بان الغرور انما يكون سببا للرجوع اذا كان بمباشرة عقد الضمان
والمعير لم يباشر عقد الضمان وان وقت واجاب الشارح عنه بان ذلك راجع الى الالتزام المعنوي لا الى
وجود الزمان لا الى وجود الغرور فقد قال في المبسوط والوجه فيه ان يقال ان كلام العاقل محمول على
الفائدة ما امكن فلا حاجة الى التوقيت لتصحيح الاعارة ثم انما وقت مع ذلك لا بد من ان يكون لذكر الوقت
فائدة اخرى وليس ذلك الا التزام قيمة البناء والغرس ان اراد اخراجه قبله فصار كانه قال ابن في هذه الارض
لنفسك على ان اتركها في يدك الى كذا من المدة فان لم اتركها فانا ضامن لك فاذا بدا لي في الاخراج فقيمة بنائك
وغرسك الى ههنا لفظه وفيه نظر للقطع بان فائدة التوقيت ليست منحصرة على الزام قيمة البناء والغرس لجواز ان يكون التوقيت 1

للمنع عن الانتفاع بعد مضي المدة ووجوب القلع والرد بعد مضيها بلا طلب من المعير وفي صورة الاطلاق
لا يلزمه ذلك الا بعد طلبه في رأينا وقت دفعا لمؤنة الطلب عن نفسه مع بين الغاية كيف يستقيم الزام
القيمة فانه سوى الزام القيمة لم يصح التوقيت ههنا لا لالتزام تلك الغاية فان قلت وجوابه ان هذا
ان كان يصلح فائدة للتوقيت لكن بين الغايتين انما يظهر اذا اوقع بعد مضي الوقت اما اذا لم يقف
به فلا فائدة فيه سوى الالتزام المذكور اذ لو لم يحمل عليه لغا التوقيت ولا يظهر له فائدة اصلا وكلام
العاقل يحمل على وجه يظهر له فائدة بما امكن قلنا التوقيت يستدعي الفائدة في الجملة وهو موجود على
ما ذكرنا وايضا لو استحق العارية في يد المستعير والعارية موقتة يضمن المعير [illegible]
رحمهما الله فلو كان وجه الضمان هو ما ذكره من ان التوقيت يفيد قولنا ابن في هذه الارض الى كذا ما ذكر
لم يضمن عند الاستحقاق حيث لم يوجد منه الضمان في صورة المسئلة لا صريحا ولا دلالة الا ان يقال ان هذا
ذكرته من وجوب الضمان بالاستحقاق هو ذكر ما ذكره الحلواني مشروطا ولكن ذكر في كتاب الشروط لانه يرجع المعير
في صورة الاستحقاق بمجرد ذلك خلاف قلنا انه يمنع ما ذكره لا يصلح [illegible] بما ذكره الخصم لانه رجع ابنه
بيتي ولانه الرجوع بوجود الغرور حيث قال لانه مغرور من جهته وان [illegible] بانه مبني على الالتزام
المعنوي لا على الغرور بل [illegible] مستند الكلام [illegible] الا ان [illegible] ما ذكر ان [illegible] ذكر راجع الى
وجود الغرور معناه انه راجع الى الغرور الذي هو في ضمن الالتزام [illegible] الغرور [illegible]
يوجب الرجوع ما لم يوجد معه ضمان السلامة اما نصا او في ضمن عقد المعاوضة لان كلام من الحكما قد يقتضي
تضمن سلامة العوض [illegible] الواهب للموهوب له ان استحق [illegible] فانا ضامن لم يرجع الموهوب له
اليه عند الاستحقاق لانه وجد الغرور مع ضمان السلامة نصا وايضا المستعير لو شرط الضمان على نفسه بان قال
ان هلك فانا ضامن فالشرط لا يجب عليه الضمان [illegible] مع انه غير متبرع فلانه لا يلزم الضمان على المعير باشتراط
على نفسه وهو متبرع [illegible] بخلاف الواهب [illegible] فانا ضامن لانه كفالة [illegible] على [illegible]
الاستحقاق فان المستحق مديون للموهوب له [illegible] الواهب حيث [illegible] الكفالة عنه
لانه يستدعي قيام الدين [illegible] بخلاف الالتزام في صورة الاعارة فانه التزام ابتدائي فكان [illegible]
احسانا فلا يكون لازما كالالتزام من المستعير او لا [illegible] الجواب ان المعير بالتوقيت يصير غارا فاذا رجع
في العارية قبل انقضاء الاجل ودفع الغرور واجب ما امكن [illegible] لا يوجب الا [illegible] الضمان عليه
لا يمكن الا بجعله ضامنا لسلامة العارية للمستعير الى الاجل [illegible] وقد امكن [illegible] السلامة
بالمعير المذكور على المعير [illegible] ذلك عليه دفعا للغرور بالقدر الممكن فصار [illegible] الغرور كالغرور في ضمن
عقد المعاوضة لان الغرور في ضمن عقد المعاوضة انما يوجب الضمان باعتبار انه [illegible] ضمان السلامة بمعنى
ان يسلم المبيع للمشتري من قبل البائع فاذا لم يسلم له بالاستحقاق رجع عليه بما تحقق من الضمان
ففي اي موضع امكن القول بضمان السلامة يجعل ضامنا للسلامة ويعتبر الغرور فيه بالغرور في عقد

وللمعير [illegible] الرجوع [illegible]

المعاوضة بخلاف ما لو قال اسلك في هذا الطريق فانه آمن فسلكه للسلامة ثم قطع طريقه فيه حيث لا يضمن المخبر
لان القول بان السلامة عليه هنا متعذر اذ السلامة عن الآفات ليس في سعة المخلوقين وفي الوسع
لا يجب فاذا لم يمكن ان السلامة لم يجب لان الضمان هنا عن ضمان السلامة وفي نحو ما لو وهب كالمجوع
الموهوب وضمن الموهوب له حيث لا يرجع لان السلامة لا تجب على الواهب اما بمعنى ان يسلم الموهوب للموهوب
من قبله فلان عقد الهبة غير لازم حتى لا يجب عليه التسليم واما بمعنى ان لا يلحقه ضمان فلذلك لان ذلك
ليس في وسع الواهب فلا بد القول بضمان السلامة لعدم تقييده وبالجملة ان الغرور في مسئلة الاستحقاق لما ورد
في عقد المعاوضة من حيث ان كل واحد منهما [illegible] الغرور يمكن الرفع بان يأتي بضمان السلامة على الغار وجب دفعه
على المشتري لقول بان الغرور لا يوجب الضمان لانه يحصل بعقد المعاوضة بمعناه والله اعلم لا يوجب الضمان
الا في ايجاب القول بان يضمن السلامة على الغار وفيه نظر لما ذكر في الذخيرة ان في الغرور لا يوجب
[illegible] لم يوجد ضمان السلامة اما نصا او في ضمن عقد المعاوضة حتى لو كان الواهب ضمن سلامة
الموهوب له نصا يقول بانه [illegible] الواهب بهذا اللفظ [illegible] باب الهبة فلو تعذر ضمان
السلامة من الواهب لم يصح منه الضمان نصا ايضا ولو قال العارية ما لو اعتبرت شبهه بالاجارة
فاعتبرناه اجارة في صحة الرد [illegible] شبه الاجارة في [illegible] المستعير عملا بالشبه والحقيقة
جميعا قوله وفي الترك مراعاة الحقين لانه انما يترك بالاجر هكذا قالوا اي لا يفوت منفعة ارضه
مجانا ولا يفوت [illegible] النظر من الجانبين كما في الاجارة اذا انقضت المدة والزرع لم يستحصد فانه
يترك الارض باجر مثلها للجانبين كذا هنا لكن في المبسوط كذا في الشرح وفي الكافي ولو استعار ارضا
ليزرعها لم يؤخذ منه الارض حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت استحسانا لان له ادراكا وقتا معلوما
فكان في الترك مراعاة الحقين فكان ادنى من القلع ولانه في قلع الزرع ضرر بالمستعير في ابطال ملكه
وفي الترك في يد المستعير ضرر بالمعير من حيث تأخير حقه وضرر الابطال فوق ضرر التأخير بخلاف البناء والغرس
لانه ليس له امد معلوم فيكون الضرر اي يتبين ضرر القلع فيترجح صاحب الاصل على صاحب البيع هذا كلامه
والحق ان الكلام يتبين الى ان الاصل يترك بين بلا اجر اذ لو ترك باجر يمكن في الترك ضرر بالمعير فلا يجبر
ان حصل بخلاف ما اذا ترك حيث يبطل حق المستعير لا الى خلف [illegible] ويرجح على حق المعير من حيث ان حق المعير
اذا اخر بالقلع قبل ان يحصد يبطل [illegible] المعير في الارض اذا تركه في يد المستعير مدة الغاية
معلومة والتأخير اهون من الابطال فلذا كان هذا من باب ترجيح احد الحقين دون غايتها جميعا فاول كلامه
[illegible] الشيخ رحمه مراعاة الحقين [illegible] كون التأخير فيها تأخيرا الى غاية معلومة فلو كان
مراعاتهما [illegible] الترك بالاجر لكن كلمة التأخير الى وقت معلوم تأخير في مراعاة المعير والضرر ايضا لو ترك
بأجر لا يقيد منهما اجارة مبتداة لا الى وقت الادراك لكونه مجهولا باطلا وان كانت [illegible] انما ذكر الوقت

فيما

فيما اذا انقضت المدة والزرع بقل فلا تبقى الا باجر المثل [illegible] فلا يلزم نقض الاجارة الى وقت الادراك الا بتراضيهما
الى ذلك الوقت وان تعذرت الاجارة لزم ان يكون في منع الارض بلا اجر فالظاهر انه اراد بمراعاة الحقين رعاية
حق المستعير بابقاء الزرع الى الادراك ورعاية حق المعير [illegible] واجرة رد
العارية على المستعير لان الرد عليه واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه الا ان منفعة الشيء حتى كان
كان مؤنة الرد عليه ومتى كان للمالك كانت مؤنته على المالك وكذا قلت مؤنة رد الوديعة على المالك لان
منفعة القبض وهو الحفظ ومؤنة رد الرهن على المرتهن لان قبضه قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه
فيه نظر لان المرتهن يرجع بضمان الاستحقاق على الراهن ولو كان قابضا لنفسه لما رجع به عليه الا يرى ان
المستعير لما كان قابضا لنفسه لا يرجع بضمان الاستحقاق على المعير وحيث يرجع به على الراهن علم انه قابض
للراهن وان منفعة قبضه راجعة اليه وهو براءة ذمته عن الدين بالايفاء الحكمي واجيب انه لا
شك ان المقصد الاصلي في قبض الرهن وهو ان يقبض [illegible] قضاء الدين بالايفاء الحكمي [illegible]
المنفعة محض المرتهن فيكون قبضه لنفسه ولكن عند الاستحقاق يبطل الرهن فيظهر انه
لم يكن قابضا لنفسه وان قبضه ما كان الا للراهن لان قبضه لنفسه لم يكن الا لكونه وسيلة الى الاستيفاء
بحكم الرهن وحيث ظهر بطلان الرهن ظهر انه لم يكن وسيلة الى الاستيفاء فظهر ان قبضه ما كان الا لنفسه
الراهن فيرجع بالضمان عليه والله اعلم فان قلت هلا يتم عقده فينعقد بالايجاب والقبول قلت نعم هو كذلك
ولكنه عقد تبرع فصح ان يتم بالمتبرع فيجب ان يتم بالمتبرع [illegible] ذلك في كتاب الرهن حيث قالوا
الركن هو الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة وايضا حنث في قوله لا يهب بمجرد الايجاب
وانه يشعر بان الركن هو الايجاب وفي النكاح وانما حلف فحنث لانه انما منع عما هو مقدور له وهو الايجاب
لا القبول هذا النظر وفيه نظر لو حلف لا يبيع فباع ولا يحنث مع ان المقدور هو الايجاب ايضا اما القبول
ففعل الغير [illegible] الجواب عنه ان يقال انما يحنث بمجرد الايجاب لان المقصود من اليمين اظهار السماحة
وانما يحصل بمجرد الايجاب [illegible] المقصود ينعقد بقوله والله لا افعل كذا اجماعا وهذا
يسمى معقودة فعلم ان العقد هو لا بد فيه الايجاب والقبول والله اعلم فصل ولنا انه لا يجوز الهبة
الا مقبوضة معناه لا يثبت الحكم اذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق والدليل على ما قلنا ايضا ما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم حاكيا عن الله تعالى يقول ابن ادم مالي مالي وليس لك من مالك الا ما اكلت فافنيت او لبست فابليت
او تصدقت فامضيت اعتبر الامضاء في الصدقة والخلاف فيهما واحد كذا في الشرح نقلا عن الايضاح
فصل هذا الحديث انما يكون دليلا على ما قلنا ان لو كان المراد بالامضاء هو التسليم والتمليك ولكن للخصم
ان يقول ليس المراد منه ذلك بل المراد بالامضاء هو ان لا يبطل صدقته بالمن والاذى بدليل قوله تعالى
الحديث اذ المفهوم منه انه ليس من مال العبد الا ما ينتفع به اليه وينفع الصدقة لا يحصل بمجرد التسليم الا بترك
المن والاذى حتى لو اسلم وقبضه الفقير ثم من عليه واذاه يكون باطلا كما وقعت الاشارة بقوله لا تبطلوا
صدقاتكم بالمن والاذى وذكر في المبسوط حديثا في اشتراط القبض فعلا وعن عائشة رضي الله عنها قالت نحلني

ان ابا بكر رضي الله عنه نحلها جداد عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما حضره الموت حمد الله تعالى واثنى عليه وقال يا بنية احب
الناس الي غنى انت واعزهم علي فقرا انت واني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي ووددت انك حزتيه وقبضتيه
وانما هو اليوم مال الورثة فقيل ولعل هذا ان الهبة لا تتم الا بالقسمة فيما يحتملها لانه لو كان ابو بكر رضي ابطل
لعدم القبض والحيازة جميعا وان هبة المشاع لا يكون باطلة لان ابا بكر رضي باشره وكذا علي لا يجيز الا بعد
القسمة وان التسليم كالتمليك الا ان ابا بكر رضي امتنع منه لمرضه فان المريض ممنوع عن ايثار بعض الورثة
بشيء من ماله قوله وان النزاع المعتبر في شيوع يتمكن به وهو التسليم وقال لا جاز ان يثبت الملك للموهوب له قبل التسليم
ولا يلزم التسليم باعتبار انه غير لازم وان الواهب يتبرع من نفسه ولا يمكن ان للواهب من جهة الرجوع بلا قضاء ولا
رضاء يبطل التسليم فلا يلزم التسليم فلا يسقط حقه وقوله ما يجب بينهما وقع في الهبة من قوله وفيه لم يشتمل على هذا
ما اذا وهب احد الشريكين نصيبه للشريك الاخر او للاجنبي اما في الشريك الاخر فلا النزاع المعتبر شامل من مؤنة
القسمة ومع ذلك لا يصح وفي الاجنبي مؤنة القسمة لا يلزم على المعتبر اما يلزم على الشريك الاخر لكن يلزم مع
شريكه قبل الهبة ومع ذلك لا يصح الجمع ان يمنع التكلف وهي لزوم النزاع المعتبر شاملا بتبرعه وهو التسليم لو صرح
ما بين الصورتين فليتدبر جواب ابن الهمام انه اي ان ...ة في مسئلة هبة الشريك من اصطلاح لان التكلف المذكور
هاهنا ان لو يثبت الملك قبل القبض لزم التسليم على الواهب وانه حينئذ فيلزم على المتبرع شيء لم يتبرع به وهو
التسليم متحقق البتة فيما اذا وهب احد الشريكين نصيبه للاخر او للاجنبي لان نصيب كل من الشريكين في يد الاخر
ثبت الملك للموهوب له قبل القبض لزم التسليم الذي لم يتبرع به ان التكلف المذكورة فيما مسئلة من مجوز جواز
هبة الشاع في قوله او لان في تجويزه الزام شيء وهو القسمة الا انه في ما بين الصورتين محض هذا الاشكال
انما هو حاصل الجواب وتعليل الجامع الثلثة المذكورة هاهنا وذكر لما ان تلك الجملة والتكلفة الثلاثة
المذكورة ثم بين موضع الاشكال ما بين الصورتين انتفاء العلة لوجبا انعدام الحكم الا اذا اخذ العلة
في ستر بعضه العلم مع بناء ذاك ... وما بالعدم لا صحيح وهو ذكرا انهم لعدم جواز هبة الشاع وجعلها الاول ان
القبض في الهبة منصوص عليه فيشترط كماله الكامل واشاع لا يقبل القبض الكامل والثانية ان في تجويزه الزام
شيء لم يتبرع به وهو القسمة وفي الصورتين المذكورتين ان وجد التكلفة الثانية فقد وجدت الاولى وانهما تكفي لاثبات
الحكم فلا يضر فوات التكلفة الثانية فيهما فلا اشكال بهما ليس بواضح موقعه وثم ليس بوجه ثم ينقل بهما اذا نزوج في
الصلوة حيث يلي الركعة الثانية مع ان الزام ما لم يتبرع به وكذا النذر بالصلوة بغير الوضوء وانه الزام ما لا يلزمه
ان النزوع في الصلوة التزام للشفع لانه لم يشرع الا شفعا وكذا النذر بالصلوة نذر بما يوجد لانه من شرائطه
فكان الزامه التزاما فيما التزمه اما التسليم فالزام عن الهبة فلا يؤخذ به الواهب ولو اثبت الملك قبل القبض
لزم المتبرع شيء لم قوله بخلاف الوصية وقد الحق الهبة بالوصية في المبسوط حيث قال ولان هذا عقد
تبرع فلا يثبت الملك والقبول كالوصية وذكر في الكشف الفرق بينهما وجها ان لفظه ظاهر اما وجه الخلاف
فهو ان عقد الهبة لما كان عقد تبرع صار ضعيفا في نفسه ولهذا لا يتعلق به صفة اللزوم ولا يملك
الا بالقبض كالواهب فلا يزول بالسبب الضعيف فلا بد من مزيد وهو في الهبة التسليم لا زال به ملكه

بعد الموت بخلاف عقد التمليك بعده في الوصية بعد الموت بكونه الموت حاجة فيه لكونه يعقد كما اذكر في الزيادة وما عطفه ان الهبة الحقت
بالوصية في الاحتياج كل منهما الى المؤيد غير ان المؤيد في الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي يظهر بوجه الى الهبة
انما يحتاج الى المؤيد لانها تبرع على ملك حي فلا يوجب زواله الا بمؤيد اما الوصية فهي تبرع بعد ما تكون صفات المالك
بعد الموت والملك بعد الموت ضعيف لبقاء جزوره حاجة الموت فلا يحتاج الى التاكيد فلا يصح الحاق الهبة
بها في الاحتياج الى التاكيد ما لاول ان يقال الحق الهبة بالوصية في المبسوط باعتبار ان كل واحد منهما يحتاج الى
مضاء غير ان الامضاء في الوصية يحتاج بقاء الموصى به الوصية الى حين الموت وفي الهبة بالتسليم وقد وقع الشيء نقل
هذا الى ما في كتاب الرهن حيث قال في تعليل اشتراط القبض في الرهن ولانه عقد تبرع لان الراهن لا يستوجب بمقابلته شيئا
على المرتهن ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية ثم قال الامضاء في الوصية ببقاء الموصي على وصيته الى حين الموت
ثم هل يصح ان تلحق الهبة في المبسوط كالوصية متعلقة بالعقد المتقى لا يبقى العقد اي فلا يثبت الملك فيما القبول فقوما
اما الوصية فعقد تبرع من وجه ووراثة من وجه من حيث تبرع ان لا يثبت الملك الا بالقبول لا القبول
والقبض ومن حيث انه يشبه الميراث لانه خلافة بعد الموت كالارث ينبغي ان يثبت الملك بلا قبول كما في الارث
فقلنا بتوقفه على القبول عملا بشبه الهبة وعدم توقفه على القبض عملا بشبه الارث فيكفي في قوله لان هذا
اي الهبة عقد تبرع ان من كل وجه فيتوقف على القبض فلا يثبت الملك قبله وفي القبول كما يشبه الوصية لانه انما
يثبت الملك بعد القبول ولا يتوقف على القبض لكونه يشبه الميراث اما الهبة فتبرع من كل وجه فيتوقف على القبض في
المبسوط دليل على اشتراط القبض في الهبة على وجه يتضمن جواب ما ذكر عن العكس فانه قال وجه الوارث متاخر في
ملكه عن ملكها من سواه مقدر وهو ان التسليم ان كان لا يلزم الموصي فهو يلزم الوارث القائم مقامه فان الوارث
ليس بمتبرع لانه متبرع الوصية لتقدمها عليه حتى يكون جبرها وانما يلزم التسليم باعتبار انه مالك الشيء من قيوم التسليم اذ طلب
وهذا اذا كانت الوصية بقدر الثلث فظاهر ان حق الوارث لا يتعلق بالثلث ولو اذا كانت باكثر منه لان الوصية
بعد اجازة الوارث بعد من المورث ويكون تمليكا منه لا من الوارث وملك الوارث في الزائد على الثلث انما يثبت اذا لم
وصية المورث فيما حصل ان القبض بمنزلة القبول في الهبة اي القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع وفيه لو القبض لو كان
بمنزلة القبول على صح الامر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح امر البائع المشتري بالقبول بعد المجلس قوله الا ان بمنزلة البائع كما
العقد ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري يحنث اما ايجاب الواهب فعقد تام بدليل انه لو حلف لا يهب فوهب
ولم يقبل الموهوب له يحنث لو كان في الشرع ويرد عليه ان الايجاب من الواهب لو كان عقدا تاما ما سبق ان ينفذ على ما وراء المجلس
على صحة القبول ولانه يبطل بالقيام عن المجلس وليس كذلك فانه لو مات الموهوب له عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب ولا يصح
قبول العبد وكذا هو جوابه ان ايجاب الواهب عقد تام في حق شرط عقده في حق الموهوب له غير حيث انه تتوقف عليه توقفه
فيما وراء على القبض الذي يختص بالمجلس التي هي بعد الواهب عملا بالاعتبارين لا يقال بان مسئلة اليمين المذكورة
ان لو لا ينتقض بما على التوقف بين ايجاب البائع والواهب لجواز ان تكون حنث الواهب بمجرد الايجاب باعتبار
ان المقصود لهذا الحالف عدم اظهار السماحة فاذا وهب فقد اظهرها فيحنث قبل الموهوب له او لم يقبل لا بالقول
لا ان المقصود في الهبة اظهار السماحة بل المعكوس بالتعويض فانه عامل به الهم في باب الرجوع في الهبة

سئل شرعا الملك في الوصية وذكر ان الهبة عقد تبرع من كل وجه فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول

الايجاب من البائع شرط ولو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لم يحنث بخلاف الهبة لا يحنث

كيف ولو كان المقصود اظهار السماحة فاصح الاصح فيها انه لان هذا المقصود يحصل بجمع والهبة كالشائع الذي
والصدقة فيه دون الحكم المحرم وحصول المقصود ويمنع من الرجوع هنا والكلام بعد محل النزاع على انه يصح ان
يقال في الجواب بان القبض في الهبة قبول حكما من حيث انه يتوقف عليه الملك لو صح عند القبول ولكنه ليس
بقبول حقيقة من حيث انه شبه القبول قلنا بان القبول يكون مسلطا عليه من جهة الواهب ومن حيث انه ليس
بقبول حقيقة يصح الاذن مع المجلس عملا بالجهتين جهة الحقيقة وجهة الشبه قوله فلان الطعام اذا اصنع
الى ما يطعم عينه يراد به تمكين العين وفي سياق هذا النوع فاطعام بحيثه ما كنز فانه محل الاطعام على الاشياء
عنوانا كما في محاصر الفقه من انه مضاف الى ما يطعم عند الحقيقة والله اعلم فاطعام الطعام بخبزة
ما كنز وجوابه ان تمكين العين انما يراد اذا لم يكن معقول لما اذا لم يذكر في بكعبة الا مع الاباحة يمكن ما كانوا
وفي الا انه ثم يذكر معمول فيراد به الاباحة ومع نظر لان المفعول الثاني مذكور في الاية وهو قوله من اوسط ما
تطعمون اهليكم اي من طعام او من اوسط ما تطعمون قوله فلان الله في اللام للتمليك لا شك ان اللام للتمليك بل الاختصاص
عمران جعل اللفظ مختصا بعينه او ملكا لغيره فكونه التمليك محل اللام للتمليك ثابتي قوله قال الكلام او كسوتهم
جعل الكسوة كفارة والكفارة لا تتأتى الا بالتمليك التقرير ان الكسوة بكسر الكاف مصدرا
كما ذكر في الكشاف لما اذا كان اسما في التقرير كما نص عليه الامام فخر الاسلام في ان الكسوة بالكسر اسم للملبوس وتقرير
فعل التمليك باعتبار انه جعل العين كفارة وانه لا يصلح كفارة لانه فعل منطوق عن الدلو فلا بد من تقدير فعل ولكن تقدير
التمليك متصل بالعين من الاباحة المتعلقة بالمنفعة لانه عامل في جعل العين كفارة وصار به يقدر فعل متعلق بالعين
ليكون العين كفارة من وجه فاراد به التمليك لهذا الانوع لانه الكسوة ان الكسوة اسم للتمليك النوع وليس كان
متحملا لكن فالمحتمل لا يصلح للاصطلاح قوله ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكمة
في تمليك المنفعة والهبة تحتملها فكان ان يكون في اللفظ الواهب انما جرى لفظ السكنى لا لفظ العارية مجمع معه تعلق معنى
السكنى لا معنى العارية لكنه ذكر في المبسوط السرخسي لفظ السكنى حمله العارية على ملك السكنى فقال وكذلك لو قال هي لك هبة
عارية او عارية هبة فهي عارية لانه محتمل عند انه الهبة العين وكونه يكون هبة المنفعة وقوله عارية تفسير كونه المحكم
لانه محكم فيه لا يحتمل الا المنفعة وما كان كذلك جاز ان يجمع في قبله ثم انه ذكر لفظ العارية حوتا لفظ الهبة كما في المبسوط
في صورة الحكم وعلل العارية وهاهنا لم يذكر في الشرح والاقرب ان يقال انه اراد بالعارية اللفظ الدال عليه وهو السكنى
لان اللفظ الدال عليه العارية وهو لفظ السكنى محكم في تمليك المنفعة ولفظ الهبة محتمل لها فلا يرد عليه ما ذكر وما كان
ان يهب بعضها قوله فيشترط كما هو اعترض بان الهبة تتم بالتخلية وهو قبض حكمي لو كان الشرط هو الكامل
من القبض لما تم بالتخلي لانه قبض من وجه وبان هبة ان يحتمل الاسقاط جائزة فلو كان المشروط هو الكامل من القبض
لما صح لعدم امكان حصول الشرط فيه الا يرى ان القبض الكامل لما اشترط في الرهن لم يصح من الشائع ما يقسم وفيما لا
لا ينقسم غير متصور فعلم ان المراد ان يكون مقبوضا للموهوب له مع من ان يكون حقيقة وحكما ولهذا قلنا ان ثبت الدار
مقبوضة للموهوب له ولنا انه مع حدث المعطوف وقبض الغاصب يكون قبضا حقيقيا لا حكما ملكا الى زا هو والتخلي
فارادة الاعم من الحقيقي والحكمي ادخل في العطوف ونحن انه لا الاجماع منعقد على جواز الهبة فيما لا يحتمل القسمة
اي

اي لا يجوز الهبة فيما لا يقسم الا مقبوضة في صفة الكمال فان قلت اذا جوز الحكم ثم لم يكن دليلا على اشتراط القبض فيما لا يقسم
فكيف يتحقق القبض فيه بكون يتحرر بعد الحكم وهو ما مرانه لو هلك قبل القبض لزم مع الواهب ما لا يلزم وهو انه يسلم
قال اما من جعل الجنس من شيء سكر بان الاجماع لما انعقد على جواز هبة المشاع فيما لا يقسم علمت ان المراد
بقبوله نفي القبض دون القبض في ذلك ان الاصحاب كان هو الشرط المطلق ان الكامل لكن الا اذا ما يمنع
من الرجوع الا الكامل ههنا غير الاصل القبض والضا وقوله الا مقبوضة في تضمنه القبض محكم فوهبه
لا يصح في تضمنه الصلة قوله ولا يشترط الا الكامل حتى يثبت فيه بتقسيمها انه كتبه بالسمين فكذا
ههنا وقد يكون المعتبر وليس بمذكور عندي في اعتق الا بالحكم والاعتبار وانما يشترط الا الكامل ما هو
المذكور والمقصود من كل وجه قوله ان ذكر المعقود المشتق ذكر للمصدر والمصدر في كل من قولنا لا يجوز وقوله الا
الا مقبوضة منتقل الا الكامل عبران كمال الصلة في معناه المصدر محقق بها والتقييد بالسمين لحيث
به واما الصفة بالمعنى الكلي اي ونا بعده لا يصح انتقاء فلا يشترط الا الكامل في قولنا لا يصح حيلة المقبوض فيرد
اليه وكمال الصلة بالمعنى الكلي لا يحققه الاما الشفيع لانه ارجع من العلة والاحداث الا البدل في الشفيع
لان القبض الناقص هو الحكم وقد يقال ان اشتراط القبض الكامل في الرهن في مشاع لا يقسم وغيره
ولم يقبل ههنا ان الحكم فيما لا يقسم هو التخلي فيكتفي به فالفرق بين الهبة والرهن ورود تحول الشيء كما في قوله لا يجوز
الهبة الا مقبوضة والرهن مع كونه ما هو مقبوضة حتى لو عسر كان الموهوب عدوما في السمين فان قلت لو كان
الرهن في السمين معدوما جاز بيع السمين بالدهن المعصور مطلقا وقد مرانه انما يجوز اذا كان ما في السمين في الدهن
اكثر من الدهن المعصور ليكون الدهن بالدهن والباقي بمقابلة الشرح قوله بان الدهن في السمين موجود انما معدوم لسمها
فاعتبر موجودا عند المقابلة بالدهن احتياطا في باب الربوا وعدوما في الهبة ايضا والعقد اذا دار بين الصحة والفساد
فالاحتياط في الحكم بالفساد فرجح جانب الحرمة الحبيب لانه في يده حتى اذا كان مغصوبا او مرهونا في ضمان
الان اليد في المغصوب والمرهون للغاصب والمرتهن لا للمغصوب منه والراهن وما مر من باب من لا يكون
خصما من انه لو ادعى عليه عينا في يده فقال المدعى عليه او دعنيه فلان او غصبته من فلان او رهنه
عندي فلان يندفع عنه الخصومة اذا برهن على ذلك لانه صار خصما باليد فاذا اقام البينة انه يد غيره لم يبق خصما
فيندفع عنه الدعوى بيشعر ان اليد في المغصوب منه والراهن لا للمرتهن والغاصب اذ لو كان اليد لهما لكانا
خصمين ولا يندفع عنهما الخصومة باقامة البينة على الغصب او الرهن والجواب انه فرق بين اليدين يد الاصالة
والنيابة حتى يتم هبة الاب اذا كان في يده او في يد الصبي ويدفع الخصومة في الفرق
صورة ولا يتم اذا كان في يد غاصب او مرتهن قوله ويحكم في حجره الاب بخلاف الام وكل من يعول
بغير حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته منقطعة في الصحيح قال رحمه الله وقوله
في الصحيح وكان هذا احترازا عما ذكر في الايضاح وهو قول بعض المشايخ ان قبض الزوج انما يجوز
اذا لم يكن الاب حاضرا ذكره الحاكم في مختصره وانما قلت هذا لانه في قوله بخلاف الام وكل من
يعوله بغير حيث لا يملكونه الا بعد الموت او غيبته منقطعة ليس من رواية سوى تبع قوله في الصحيح عنهما

في الخلاصة بل فيه رواية اخرى فقد ذكر بعض المحققين ان اي شيء سوى بين الزوج وبين الاجنبي والام والجد والاخ في
انه يجوز قبض هؤلاء للصغير في عيالهم وان كان الاب حاضرا كالزوج ومنهم من فرق بينهما كما مر في الكتاب
وقد بينت ذكرناه في كتاب الكراهية لعلماء الامام في الاسلام عند قوله ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه
يجوز قبضه الهبة له لان قوله ليس بشرط اللازم في هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها اب
ومتى تحت الزوج فوهب لها شيئا انها لو قبضت او قبض لها ابوها او الزوج جاز فلم يمتنع صحة قبض الزوج
لها بقيام الاب لانه كالنائب عنه فكان في معناه في قوله باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه
العول ومن وجه المنفعة فثبت ان عدم الاب ليس بلازم كما ذكره في الكلام الا انها تحفظ هذا ايضا ان الا ان قوله
وظهر من تحصيل معناه في فهم باب الاصابة يعود غيرنا ايضا رواية فلا يصح نفي الرواية قوله ولان الملك يثبت لكل واحد
منهما في النصف فيكون التمليك كذلك وجه قوله لان التفرق في الحكم لا يوجب التفرق في التمليك الا ترى انه لو باع
عبدا من اثنين يثبت لكل واحد منهما الملك في النصف مع التمليك غير متفرق حتى لو ادى احدهما حصته من الثمن لا يتمكن من قبض
النصف ولو كان التمليك متفرقا لتمكن من كل واحد من قبض النصف بنقد حصته وكذا لو شرط الخيار لهما
ثم اسقط احدهما لا يكون للآخر ان يرده ولو كان التمليك متفرقا لكان للآخر ان يرده في نصيبه وكل
نصف ورد المال لهما والجواب ان الحكم في نفس يوصف بالتفرق في التمليك اذ الحكم يثبت بحسب ثبوت العلة
ثم يعتبر التمليك في البيع متفرقا من حيث الوزن فالبائع يملك النصف في البيع لكل واحد منهما هو القائم فيكون
التمليك متفرقا لكن هذا الوصف يعتبر في البائع لا الخروج الى جعل التمليك متحدا مع توقف حكمه في البيع الا على
قبض الكل لان المسلم لا يحل للبائع الاجابة من الاثنين لقوله لان التسليم يقع جملة في الشيوع يبقى الملك فيهما طارئا وهذا
يتأتى في الهبة من اثنين ايضا اذ التمليك فيهما يقع في الشيوع بقوله الملك بكونه طاريا والشيوع الطاري لا يمنع الهبة
فلا يمنع الاجابة وجوابه في ما ذكرنا وثبتت في الاجابة قوله وقيد بالتفصيل في الابعاض فظاهره ان قضيته ثبوت الملك
في البعض الشيوع فانه قال او الى ... فقد شرطه التساوي بانه قال وهبت لكما هذه الدار لهذا نصفها ولهذا ربعها
عند ابي يوسف فهو ما ذكره في الشيوع مع انه تفضيل في الابعاض يثبت ولكن التفصيل في الابعاض لما تبين انه لو كان
التفصيل كالاجمال لما اذا لم يخالفه بالتفصيل فيه لانه لا كلام الا بعد النقل في العين فاذا لم يكن مغيرا لما يتغير فاذا
نصف بينهما فالتفصيل لان الاجمال يعتد اعتباره فاذا لم يكن يكون في العقد فكانه وهب لكل واحد النصف في العقد وثبت
مع حق وهذا يعني سوى بان ابا يوسف ان الشهرين التفصيل مع الفرق التساوي التفاضل بانه قال التفصيل
حال الاجمال الا واحد فان عند الاجمال يثبت بالتساوي يثبت في المجلس لكل واحد الكل وعند التفصيل
لا يثبت سواء كان بالتساوي او بالتفاضل فظهر ان المراد بالتفصيل تفضيل بينهما التفصيل المعتبر
التفصيل مطلقا بالتساوي غير معتبر على ما ذكرنا الى هنا اشير في الشرح باب الرجوع في الهبة
قوله اذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها قال الشافعي رحمه الله لا يرجع فيها الا الوالد فيما وهب ولده هبة
الاجنبي او لذي رحم او بمحرم ليس لذي رحم وسلمها اليه ولم يقترن بها ما يمنع الرجوع في حالة العقد فله الرجوع   ذي رحم وليس ه
بالقضاء او بالرضا من غير تحجيم بل يكره ذلك وانما قلنا ان هذه العقود مكروهة لانها لان الكفيل

في الروايات قوله على نفي عداه وتخصيص الاجنبي يوهم بانه لا رجوع في هبة رحم ليس بمحرم او محرم ليس رحم وقيد بالتسليم
لانه اذا لم يسلم فله الرجوع وان كانت في الرحم المحرم فلو اطلقنا الرجوع يلزم التسوية بين الاجنبي وغيره
في عدم الرجوع في جميع الوجوه وليس كذلك وقيدنا بقوله ولم يقترن ما يمنع الرجوع لانه اذا قرن
في بيعه وان كان اجنبيا وقيدنا بافراد المانع في حالة العقد لانه اذا وهب لامرأة ثم تزوجها فله الرجوع
ولو وهب لامرأته ثم ابانها لا وقيدنا بالقضاء او بالرضا لعدم ولا يصح الرجوع بدون القضاء والرضا
الرواية توجب صحة الرجوع بدون ذلك وقلنا بقولنا من غير استحسان لان الاطلاق
يقتضي انه يكره الرجوع من غير كراهة وليس كذلك في لفظ قلت اراد بالاجنبي من يقصد
بالهبة منه العوض دون الصلة فكان ذا رحم او ليس بمحرم ليس بذي رحم لان المقصود بالهبة
منهم دون الصلة ولا تتناول الزوج والزوجة اذ المقصود بالهبة منهما الصلة دون العوض كما
سيجيء والتقييد بالتسليم غير محتاج اليه لان اسم الهبة لا يطلق على العاقد الا بعد التسليم
والقبض صرح به الشارح رحمه الله بعد هذا السطر وقد جعلها بالهبة حيث قال وهب وصحح الاقرار
لان الرجوع في الاحياء يكون لا في الاقوال ولانا لو اطلقنا الرواية لا يلزم التسوية بين الا
جنبي وغيره عند الاطلاق كما في الجامع انه لو وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيما اذا سلمها
او سلمها والرجوع في هبة غير الاجنبي غير صحيح بعد التسليم فلا يلزم فلا يلزم التسوية بين
الاجنبي وغيره عند الاطلاق وفي صحة الرجوع من جميع الوجوه ثم يلزم التسوية لو قيدنا التسوية
بما قيدنا التسليم والمراد الطلب ولا تسوية في الاطلاق والتقييد لعدم اقتران المانع في القضاء
غير محتاج اليه لان المانع مستثناة في قواعد الشرع والتقييد بالقضاء والرضاء
مما يذكر في الكتاب بعد هذا فلا حاجة الى التقييد بذلك قوله على اصله اي اصل الشافعي رحمه الله
وهو ان للاب في مال الابن شبهة الملك لانه يتم التمليك لكونه جزءا له فكان له شبه الملك لقوله عليه السلام
انت ومالك لابيك ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته اي احق بالرجوع بعد التسليم لانها لا تكون
هبة قبل التسليم حقيقة ولانه اثبت للواهب حقا عليه من جهة الموهوب له وذلك انما يكون عند ثبوت
الحق والاحقية للموهوب له بعد التسليم لا في الكل وفيه بحث اما اولا فلان الهبة يتم بمجرد الايجاب
حتى لو حلف لا يهب فوهب حنث وان لم يقبل فكيف اذ وجد الايجاب والقبول جميعا وذكر ان ركن الهبة
هو الايجاب والقبول واما القبض فشرط ثبوت الحكم والشيء يتحقق بوجود ركنه فيكون صحيحا
قبل التسليم حقيقة واما ثانيا فلان الموهوب له قبل التسليم له القبض خصوصا عند بقاء المجلس فلا
يصح شرط الحقية قبل التسليم واما ثالثا فلانه لو كان حق الواهب بعد التسليم اغلب من حق الموهوب
له لما صح التصرف للموهوب له كان حق التصرف فيه للواهب والامر بالعكس فان الاحق في الاصطلاح
المتقدم فانه اثبت للواهب الاحقية قبل التفويض قبل التسليم قوله ولان المقصود هو التعويض
للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فوته وهذا بين ان حق الرجوع ليس بمقتضى العقد عندنا بل بحكم الخلل

في المقصود بالعقد على ان الموقوف كالمشروط كذا في الشرح ويرد عليه انه لو كان كالمشروط لزم بحكم العرف ان كانت الهبة في جميع
المواضع مشروطة بالعوض فينبغي ان يكون بيعا انتهاء وتجري عليها احكام الهبة المشروطة بشرط العوض ولم يقل به احد بل يقول
بعدم التعويض للعادة نوع من الغش بمنزلة ذكره في تلك الايمان في ما يتعلق بالحوقلة فيما حلف ان
يهب عبده من فلان فوهبه ولم يقبل فقد بر في يمينه لانه قال لان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم
به وفيما نحن فيه ان المقصود في الهبة اظهار السماحة وذلك يحصل بمجرد العقد فينبغي ان لا يكون
له الرجوع لحصول المقصود الا ان يقال المقصود منه هو اظهار السماحة حالا والتعويض مالا
فاذا وهب بدا الواهب في عينه لحصول المقصود اي لانه اظهار السماحة واذا لم يعوض الموهوب
فان المقصود الثاني فكان له الرجوع ثم قد يشكل على ما وقع في الشرح بعينه بان الموهوب جهة لا يصح له الشرط تمام المبيع
الناس عن تملك الهبة الا يرى ان من يحتمل ان يطلب بالف عليه فيقضي المكفول عنه الالف للكفيل فان ان
يطالبه الكفيل صاحب المال فيجب للمطلوب عنه ان يرجع فيها ويقول لا ليس كذلك بل يتعلق به حقه اي حق
الكفيل على احتمال قضاء الدين فلا يجوز الطالب ما يبقى هذا الاحتمال بجميع ركعتي ووجوبه اي
الساقي بهذا العطاء ولا يحتمل ان حق احد يبطل به يتعلق بالهبة على احتمال اداء العوض فينبغي الايصح
الرجوع للواهب ما بقي هذا الاحتمال وانه بقي ما بقي الموهوب له حيا وقد يجاب ان الرجوع بعد موته
غير صحيح فينبغي ان لا يصح الرجوع مطلقا والجواب ان الرجوع باعتبار فوات التعويض المقصود بالهبة
لكن ينبغي ان لا يصح متى اوجد الموهوب له يؤدي العوض واحضره للتسليم وخلي بينه وبين
الواهب والواهب لا يقبل فان هنالك المقصود غير فائت وهو مع ان الرجوع صحيح مطلقا
والجواب ان المقصود في الهبة قد يكون هو التعويض بمال مخصوص لا مطلقه اي اي ماله وقد يقع الكلام
بمطلقه ولا يحصل في الهبة باحضار مال اخر للتعويض فيصح الرجوع بهذا الاعتبار بعد الموهوب له
انما يتعلق بمطلقه اما ان كان المقصود هو التعويض بمطلقه وذلك يمنعه عما قال **قوله** الا ما روي
في استدلال الرجوع توقيفا يعني اكد ثبوته لا بد من الحمل عليه صونا للمعارض وبهذا الاثر يقيد مشروط الاتفاق
والمعارضة للرجوع **قوله** واما الكراهة فلازمة لقوله العائد في هبته كالعائد في قيئه والمقابحة
جار عرفي ايه حلت علي عن بسيرا به فاخاف الذي كان عنده فاردت ان اشتريه فسالت النبي فقال لا
تشتره وان اعطاكه بدرهم فان العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه وفي رواية لا تعود في صدقتك
فان العائد في صدقته كالعائد في قيئه **قوله** اذ يرد زيادة متصلة اخرازا عن المنفصلة كالولد فانه لا يمنع
الرجوع ومثله الرجوع بالعيب على العكس اذ الزيادة المتصلة لا يمنع الرجوع بالعيب والمنفصلة يمنعه
وذلك لان ورود الاصل مع الزيادة فان كان الزيادة معقودا بالرجوع ولا وجه انه اوان فسخ العقد
فلا يرد الاصل ولا رد معه بل العقد لانه لم يرد على الزيادة معقود فلا يرد عليها فسخ معقود الطفا
به لانه كان فالعيب ليرد فلا يمكن لان الزيادة بعد الانفصال ليس تبع للاصل اصلا فانه شما من احكام
البيع لا يثبت في الولد لانه حدث بعد العقد وورود الاصل وقال الزيادة لزم تسليم ما هو مقود من

البيع

البيع كما يلا عوض وانه زيادة بخلاف الرجوع في الهبة لا امكان في الاصل دون الزيادة اذ لا يلزم فيه الرجوع الا
انما في المعاوضة دون التبرع واما الزيادة المتصلة فيمتنع الرجوع في الهبة لانه حاصل في ملك الموهوب له
فيمكن الواهب من ابطاله بلا رضاه اما الرد بالعيب فلوصف المشتري الذي له في الزيادة فله ان يرد بدل الاصل
ولا يكون فيه ابطال حقه **قوله** كما لو انتقص في الهبة عن الانتقال في الحيوة يوجب تبدل الملك وهو بمنزلة تبدل
العين كما علم ما عرف واما الانتقال بعد الممات فلا يوجب تبدل الملك كما فان ملك الوارث غير ملك المورث حتى يرد
عليه بالعيب ويرد هو ويصير مغرورا بشراء المورث وليس في انه ملك متجدد من وجه حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية
الموروثة كانه متجدد من وجه دون وجه وحق الرجوع كان للواهب في حق الموهوب له بعد الموت وقع الشك
في سقوطه فلا يبطل وجوابه لا يصح مسئلة الشهادة على حق الميراث عند قوله ان ملك الوارث متجدد في حق العين
فيملك **قوله** يمكن ان يخصها بالطريق الاول ويقال جاز ان يثبت الحق في الملك ولا يثبت في البيع كما اذا
اشتري عبدين وقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فله ان يردهما او احدهما وليس له ان يرد المبيع خاصة وكما
اذا اشترى احد العبدين في اشتراه فله ان يردهما وليس له ان يرد غير المشترى والجواب ان الاصل هو ان يثبت الحق
في البعض ان اثبته في الكل الا ان يمنعه مانع كما في مسئلة العيب والرؤية لان في رد احدهما هنالك توجد تفريق الصفقة
قبل التمام وذلك يتحقق فيه **قوله** من جهة الاجنبي هو الذي يتعلق بالموهوب له ذو غائب وان يحضر في الهبة
فيجد ان يمنع الرجوع في حال السفر وجوابه في ما ذكرنا فيمنع لان المقصود هو التعويض بما له وعلى كل
وان كان الموهوب الذي هو غير الموهوب اما اذا العوض شيئا من الموهوب لا يجوز لانه ذو في العقود
وان كانت الهبة الف درهم والعوض درهم واحد من تلك الدراهم لم يكن عوضا وكان للواهب ان يرجع
في الهبة وكذلك اذا كانت الهبة دارا والعوض بيت فيها وعن زفر ان هذا العوض لان ملك الموهوب له في
الموهوب يثبت بالقبض ما يجمع المعوض بسائر امواله وسائر امواله يصلح عوضا واكثر مكذا
هذا وجه قولنا ان مقصود الواهب بهذا لا يحصل لانا نعلم يقينا انه بهبته ما قصد تحصيل درهم من تلك الدراهم
بنفسه لانه ذلك كان سالما له في الشرع وقد نقل هذا عن زفر انه من قبيل نقلا عن المبسوط ان العوض
يكون من جنس الهبة ومن غير جنسها فهذا يدل على انه لو وهب الف درهم وعوضه الموهوب له درهما
يصح مع انه لا يعقب انه بهبته ما قصد تحصيل درهم من تلك الموهبة لان مثله من كل وجه كان حاصلا له قبل العقد
المعتبر الا يرى ان الملك القديم لا يابى هذا الملك بعد القسمة لانه لو اخذه فيرد مثله وذلك لا يليق ولا ينافي
له الموهوب له هنا عوضا من جنس واخذ الواهب عوضا عنه فقد ظهر ان مقصوده بالهبة حصل ولا عامة اقدم
على الحرمة عوضا مالا وجه ان يقال ان بعض الموهوب لو جعل عوضا لادى الى ما هو في ايد المستحق لان ما جعل عوضا
لو وافر في المعوض ايضا فيكون بعض الاجر العوض عوضا لنفسه وذلك **قوله** لان العوض لاسقاط الحق
حلفت بالتاكيد ملك الموهوب له وللتاكيد حكم الابتداء فيتبت هذا العوض ملك الموهوب له حكما ولا يثبت للاجنبي
بمقابلته شي لا الحق الملك ولا التاكيد اذ هي في حكم الاسقاط ولا يكون كالموهوب له بخلاف بدل الخلع وقد اشار
حسبك لان الاجنبي في الموهوب له يقابل نصفه لانه كان الهبة انما سلم له بمقابلة العوض وقد ان رجع له

ان الاجنبي والموهوب له سواء في ابتداء العوض حيث لا يرجع اما شيء من هذا العوض قوله واذا استحق نصف الهبة بنصف العوض فان
استحق نصف العوض يرجع الواهب بنصف الهبة الا ان يرد ما بقي والفرق ان العوض ما ملكه العوض الا بجزء فبعضه حكم العوض بقي خرجه اما الواهب
فيملكه استواء من غير ان يقابله شيء ثم ما عجز العوض [illegible] في الرجوع ويأخذ من العوض [illegible] اذ لم يرضه الا على جميع
ان العوض يشتمل على سبب الابتداء والرجوع من حيث ان العوض بمنزلة [illegible] ويشبه الهبات له من حيث انه ملك مبتدأ فاذا الهبة [illegible]
حط عليها فيمن يشتريه ما يعادله انه اذا استحق الكل رجع بالهبة ويشبهها بانه اذا استحق النصف لا يرجع في شيء من الهبة الا ان
يرد ما بقي قوله لانه مختلف بين العلماء فيتفرع على العتق اذا كان الرجوع فانه ايضا مختلف فيه والاعتبار
القضاء الا ان يحصل بما ذكر من الاختلاف والوهي في الاصل والخفاء يحصل المقصود وعدم دليلا وحاصله ان
حق الرجوع ضعيف بوجوه فيشترط القضاء او الرضاء للتاكيد قوله لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ في
ملكه قد تقدم ان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته وهنا يبين لك ان حق الرجوع
بمقتضى العقد لا لعود الوصف لما ان العقد لا يوجب الفسخ بل يوجب الحق في وصف السلامة ثم يثبت الفسخ بناء على فواته
فلا يفتقر [illegible] وسقوط الكلام فيما تقدم اظهر في عدم الاقتران بين الهبة والبيع في حكم الفسخ حيث قال ولانه فات المقصود
بالعقد يثبت للعاقد ولاية الفسخ دفعا للضرر الناشئ من زوال الملك الى غير المقصود كالمشتري اذا وجد
بالمشتري عيبا وهذا لان المقصود بالهبة للاجانب العوض واعطاؤه عادة ولهذا يقال الايادي قروض
ويقدمونه [illegible] والمعروف كالمشروط والعاقل يعتق وجود العقد من الجانبين
هذا الغرض فانظر كيف لم يجعل الفسخ [illegible] للمشتري في البيع اذا وجد بالمبيع عيبا فعلم ان حق الفسخ في كل
والله [illegible] ان حق الفسخ للواهب يتحقق بهذا التعليل ان كان يثبت بطريق جواز العقد
كما يثبت للمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا فالحديث الذي تمسكوا به من قوله الواهب احق بهبته
ما لم يثب منها [illegible] ثبوت حق الفسخ للواهب بالعقد مطلقا والتقييد بالعوض [illegible] التعليل [illegible]
الحديث [illegible] حق الفسخ [illegible] بطريق الوجوب [illegible]
قوله يكون مجازا من الاصل [illegible]
[illegible]
[illegible]
بالقضاء او لانه ما كان [illegible] قوله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض حيث لا يقول بعد العقد لان الرد بالعيب [illegible]
[illegible] او كان الرد بالقضاء او بالرضاء [illegible] البيع [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] القبض بالرضاء [illegible] جاز للبائع ان يشتريه من المشتري الاول [illegible]
[illegible] القبض بالرضاء [illegible] قوله لان الحق هناك في وصف السلامة
لا في الفسخ [illegible] وصف السلامة فلا يظهر الفسخ في الاملاك [illegible]

وتكون [illegible] الواهب [illegible] فلا يظهر [illegible] قوله لان فيه [illegible]
فيما تقدم من قوله وان [illegible] اي [illegible]
[illegible]
انه [illegible] قوله والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لان [illegible] معلق [illegible] العتق
حتى لا تبطل بالشروط الفاسدة لانه [illegible] فلا يمكن ان يحمل [illegible] كما في النكاح [illegible]
ان العتق كان شرطا [illegible] الهبة [illegible] لا يبطل [illegible] الشرط
[illegible] كالبيع [illegible]
بالشرط [illegible] الشرط الفاسد [illegible]
[illegible] بطلان الهبة بالشرط الفاسد [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] لا تبطل بالشروط الفاسدة لان [illegible] بالقبض والقبض [illegible]
بالشروط [illegible] المقصود [illegible] فقلت العتق في [illegible]
[illegible] حكم العقد [illegible] الشرط الفاسد [illegible]
[illegible] بالعتق [illegible] الشرط [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] قوله [illegible]
[illegible] على ملكه [illegible] الواهب [illegible]
[illegible]
[illegible] القبض [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

اما انه من الحيازة بهذا الشرط على ملك الواهب فلانه من منع الشيوع من حيث انه ينافي القبض الكامل فكان الحمل
ان كان وهو منع الشيوع على ملك الواهب في كون الموهوب وعدمه في كون الاعتاق الملائم لا يلزم والاستثناء لكنه
لا يشبه الاستثناء ليس والاستثناء باطلا واما باطل لا عبرة به فكان العكس على الاستثناء كالعكس مع هذه صورة
الكراهة من غير استثناء الحمل وسمي هذا العكس كثيرة ما سبق قوله يشتمل على جنسين فيجمع ما امكن
فان قلت العقد بالشبهين يمكن ايضا صحيحا اذا كان حال ابتداء وبقاء فكيف هذا العقد يشتمل على هذا مع انه
بيع ابتداء وابتداء بالاجارة قلت لا نم ان العقد المشتمل يمكن هناك بلا ذكر حرف الباء الى آخره الا انك
نوع في تعيين البيع فصار كما قال وهبت لك منفعة هذا الدار شهرا بكذا حيث يكون اجارة ابتداء
وانتهاء قوله صحت اخ فان قلت بيع والكتابة اخ فيبنى لا يحتمل القسمة جارية وايجارة
مع الحمل لا يحتمل القسمة لان المعنى لعدم احتمال القسمة هو ان يحكم بالقسمة او بالتغييب وهاهنا كل
كونه كذلك قلت لو فرض الانفصال اي فرض ان الحمل قد نزل منفصلا في حال ان كان الجنس
لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم المشاع ولكنه بطل ما ذكر ان [illegible] كانت
البيوع في الزرع بين شركائه [illegible] وزرع الارض من حيث ان الحمل متصل في البيع من غير ذكره كما ذكر الزرع
الارض لا يدخل الا ما ذكر حيث قال انه تمام بتقرير غير انه مع حصر الولد عن امه [illegible]
بين امه [illegible] فلم [illegible] الولد ومعنى الحرمة [illegible] اي من كان [illegible]
لعدم تمكن البائع من [illegible] الزرع من جنب الارض فلم يمكن اعتبار معنى [illegible] في
حتى يصلح [illegible] الجواب انا انما الحقنا
بالحامل من القبض [illegible] لعدم احتماله من القبض فيه
القبض الكامل [illegible] الجنس منها [illegible] انه ليعقد وانه [illegible]
قوله [illegible] ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها اي من الدار [illegible] لانه
اذا شرط العوض من غير [illegible] ولكن [illegible] الدار [illegible]
منها فالشرط جائز قوله وهو يعتبر المعاملات [illegible] فان [illegible] من البرهان
مع [illegible] في كتاب الرهن [illegible] انه يبطل بالفاسد من الشروط [illegible] المعاوضة الحاجة
البتة فقد اعتبره [illegible] في الرهن [illegible] مع ان ذكر الرهن [illegible] العقد من جملة
ما لا يبطل بالشروط الفاسدة [illegible] قوله وهبة الدين ممن عليه ابراء فهذا [illegible] انه هبة
الدين وابراء [illegible] من حيث ان كل واحد لا يتوقف على القبول [illegible] على [illegible] المعنى [illegible]
وذكر في المبسوط ان هبة الدين لا يتم الا بالقبول والابراء يتم بدونه قوله ولهذا قلنا انه يرتد
بالرد ولا يتوقف على القبول [illegible] ان ابراء رب الدين [illegible] يرتد بالرد
حال [illegible] الابراء اما لو سكت [illegible] بغير قبول [illegible] على [illegible] الابراء اما لو سكت
بعد الابراء ثم رده [illegible] فانه لا [illegible] بالرد [illegible] الابراء اما

لو سكت

سكت بعد الابراء ثم رده لا يرتد والله اعلم وذكر ان [illegible] ان الابراء من غير قبول [illegible]
او [illegible] ان شاء الله وانه [illegible] فاته الدين لا يبطل بالسكوت بل [illegible] ان [illegible]
وذكر بعد هذا اختلف بعض [illegible] في شرح [illegible] شرط المجلس للابراء الدين على الابراء وقعت
ما [illegible] يجب ان يرده في المجلس ولكن الرواية [illegible] المجلس وغير المجلس [illegible] سواء
قوله والتعليق بالشرط مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق [illegible]
من [illegible] الاطلاق اسقاط محض وذكر في الكافي في باب الخلع ان الاعتاق من قبيل الاسقاط حيث
قال ان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح بخلاف [illegible] من الاجنبي بدلا عن الصلح فانه لا يجوز
لان اشتراط البدل على الاجنبي في الاسقاطات جائز وفي الاثباتات لا كما مر والخلع من الاسقاطات
و[illegible] من الاثبات [illegible] وذكر في [illegible] الامام [illegible] ان الاعتاق [illegible]
من وجه [illegible] من وجه [illegible] اسقاط محض [illegible] التعليق [illegible] بالشرط
فلان الاعتاق [illegible] العتق في العبد [illegible] ومن حيث [illegible] بالشرط [illegible]
[illegible] وذكر [illegible] ان الاعتاق [illegible] واما التعليق بالشرط [illegible] اسقاط [illegible]
ان الاعتاق [illegible] العتق عند [illegible] ازالة الملك [illegible] الاثبات [illegible]
[illegible] القول [illegible] كالطلاق والعتاق [illegible] ان الاعتاق من حيث
انه [illegible] العبد [illegible] الملك واسقاط [illegible] اما [illegible] العتق [illegible]
[illegible] مع [illegible] فيكون الاعتاق من حيث [illegible] من وجه اسقاطا من وجه [illegible]
والتعليق [illegible] اسقاط محض [illegible] التمليك [illegible]
وان كان [illegible] التمليك [illegible] التمليك [illegible] عن الاسقاط
المحض [illegible] وان كان اسقاطا [illegible] الاعتاق [illegible] من معنى
التمليك [illegible] عن التمليك وان كان [illegible] بالاسقاطات المحضة
التي [illegible] بالاطلاقات والتعليقات [illegible] قبول [illegible]
او التعليق بالشرط [illegible] بالاسقاطات [illegible] بالمشروط [illegible]
[illegible] احترازا عن [illegible] عن [illegible]
[illegible] الصحيح [illegible] البيع [illegible] بالتراضي حيث [illegible] بالتراضي [illegible]
[illegible] احترز [illegible] احترازا عن [illegible]
[illegible] عن [illegible] البيع الصحيح ولكن [illegible] التراضي [illegible] البيع [illegible]
[illegible] الاجارة [illegible] العرف
[illegible] الاجارة [illegible] المنافع [illegible] بالتراضي [illegible] البيع [illegible]
كان صحيحا ايضا فاما ان [illegible] بان [illegible] التراضي [illegible] البيع [illegible] في الاجارة [illegible]

ستوارد وجه صحيح ثم يشكل بما اذا قال اجرت منافع هذه الدار بكذا او رهنها فانه لا يصح مع انه بيع منافع معلوم باجر
معلوم حالا عن المفسدات اه وحاصل جواب الشيخ التحقيق للشارح باجرة معلومة فانه لا يصح مع عدم التوقيت الا ان يمنع عدم التوقيت
عليه فان من شرط صحة الاجارة ذكر العين واجارتها تمام المنافع المعدومة وربط الايجاب والقبول بالعين وهذا
الشرط مفقود فيما اذا ذكر المنافع دون العين فلا يكون خاليا عن جميع المفسدات وكذا من شرط الاجارة ان يكون المنفعة
مقصودة ومعنى المنفعة التي لا توجد مباحة ومنفعة كمنفعة الشاة مما يوجد مباحة لا يمنع عنها وبهذا المراد منها
فلا يكون اجارة الشاة لمنفعة كمنفعة الشاة خالية عن المفسدات ثم يشكل بشجار او الغنم ليشرب لبنها فانها اجارة
باطلة مع صدق التعريف عليها قوله المنع فانه من الاجارة ليست بيع المنفعة بل بيع العين وبيع اللبن فلا يكون اجارة
بل بيعا المعدوم وانه باطل لكن يشكل بمسئلة الظئر فانه استحسان صحيح مع انه ليس بيع المنفعة لان لبنها عين ملك فان الاكثار
ثم وافق على جوابه ان المنفعة لا يمنع لبنها التي هي عين وانما يستحق اللبن تبعا للمنفعة لمكان القبيح على الصباغ
ثم اللون ثم يشكل بانه يجوز الاجارة على الاجير المشترك كالصباغ والقصار يرد على عمل لا منافعه في اجرا ولهم يرد على المنافع كذا
قالوا لما كانت الاجارة واردة على الاجير المشترك على عمله لا على منافعه لم يذكر اجارته في التعريف المذكور اللهم الا ان
يقال المعروف ان المنافع وهو المعنى الذي يراد بالمنفعة اعم من ان تكون حقيقية او حكمية والمراد المنفعة حكما
فكما اذا يقال ان العمل منفعة خاصة حاصلة في الاجير المشترك يقع على المنفعة اي صح وقع الاجير الوحد يقع على جنس المنفعة
قوله انه جعل اجارة المعير ورد الرقبى فانه ملك يورث ما روي انه اجاز العمرى وردّ الرقبى ملك الرقبى فيكون من الارقاب
وقد يكون من الرقبة لان الحديث يدل على ان يكون من الارقاب وهو حال ... بعيد وقد ذكر في انواع الرقبى والارقاب
بمعنى حيث قال ارقبته دارا او رقبا وهو ان يقول ان مت قبلك فهي لك وان مت قبلي فهي لي والاسم الرقبى لان كل
الرقبى عندهما ان مت فهي لك وعار لو كان معناه بحكم الرقبى لكون وصية اذ ليست الوصية الا تمليكا مضافا الى ما بعد الموت
قبل موت الموصي لانه موت المعطي قبل موته اوصي له بشرط ... والوصية ذكره او لم يذكر فاذا ذكره فانه يقرع على الوصية والعرف
في العقود للمعاني كذا في قوله لانه يتقرر الملاك المنافع به حكم لان الرقبى عندهما تعلق التمليك بالخطر فانه الامر
انه يستحق الاذن بعد الموت والمقصود اثبات الاذن بالانتفاع اي او لا دلالة المتعلق عليه باب الاجارة قوله
قال هي اي الاجارة بيع منافع معلومة باجر معلوم قلت ان كان هذا تعريفا للاجارة الصحيحة يرد عليه طرده بيع منفعة معلومة
باجر معلوم بشرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين شرط ان يعرض احدهما صاحبه او بيع الدراهم ... صاحبه
... فانها اجارة غير صحيحة مع صدق التعريف عليه وان كان تعريفا لمطلق الاجارة صحيحة كانت او فاسدة يرد عليه عكسه
اجارة للمنافع المجهولة والاجارة باجرة مجهولة فانه اجارة فاسدة مع صدق عدم الحد عليه الا ان يقال انما قيد
بكون المنافع والاجرة معلومة احترازا عما اذا كانا مجهولين وانما احترز عن المجهول لكونه مفسدا قوله وقد تنعقد
ان عاريته بصحيحة اي بغير صحيحة في اصلها والعقد لترتب الاحكام عليها وقد ذكر اساميا من الاثار في الكتاب في جزاء ثلث
انا خصمهم يوم القيمة رجل اعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعطه اجره
عوام الطامعة كذا في الشرح قوله وجوب الاجر بعد استيفاء المنفعة لا بالاولوية بنفس العقد فلا يجب الاجر بالعقد
بعد استيفاء المنفعة هو الحكم في سائر الاجارات العقلية وجوابه مستاتيك قوله اعطوا الاجير اجره قبل ان

يجب

يجب عليه والامر باعطاء الاجر دليل صحة العقد فان قلت الامر كما يثبت فيه الصحيح من العارات ان يكون في الفاسد ايضا
الا انه يجب فيه اجر المثل والامر باعطاء الاجر لا يوجد فيه الاجر عن العقد الا ان على صحة العقد وصحة شرط العقد
ذكر فان الاذاء والامر باعطاء الصحة انعقاد وما يترتب الاحكام عليها الا ان الصحيح بمعنى الجواز الاعم من اللفظ والامر باعطاء الاجر
يدل على بيان الصحة بمعنى الانعقاد وترتب الاحكام وبهذا يحصل الجواب عما يرد على الحديث الذي يتمسك به على امر
تدبر الجيد والدار اجمعت مقام المنفعة في حق اتصال العقد بها اي ربط الايجاب والقبول بها اي انه اذا
العين اذا لم تذكر في العقد بل ذكرت المنفعة بان قال اجرت منافع هذه الدار شهرا بكذا او وهبت لك منافع هذه
الدار شهرا بكذا او ملكتك منافع هذه الدار شهرا بكذا او اعرت منافع هذه الدار شهرا بكذا
لا تكون فاسدة لان العكس بالمعنى ثابت الا ان الشرع ورد به اذ انما شرط العقد على العين او المنفعة بلفظ الاجارة
غير ان الحكم لما كان لفظ لا يصلح تمليك العين كلفظ الهبة والعارية والتمليك ولفظ البيع فيصح به فلا تكون
بها فيما هو مع القياس وقال الشيخ الاسلام في شرح الكافي في ظهر لان لفظ البيع يثبت تمليك المنفعة فينبغي ان يجوز
استعارته لتمليك المنفعة قال والجواب فيه ان المنفعة معدومة فلا تصلح محلا لاضافة العقد عليها الا انه
اقيم العين مقامها في جواز الاضافة اليها ولفظ البيع ان اضيف الى العين فهو موضوع لتمليكها محلا فيجعل مجازا وان
اضيف الى المنفعة فهي معدومة لا تصلح للاضافة العقد الا صحيحا لو قال اجرت منافع هذه الدار شهرا بكذا يجوز
كذا في الاجارات قال صاحب المحيط وهو مشكل عندي لان علة جواز الاجارة لو كانت هي العدم ينبغي ان لا ينعقد
الاجارة بلفظ التمليك والعارية ان ينعقد بهذا الكلام ولكن انعقاد الاجارة بلفظ الهبة والتمليك
اذا اضيفا الى المنافع لم يمنع في شرح الاسلام وحكاه الاجماع بغير خلاف ولكن في القياس ينبغي
ان لا ينعقد الاجارة بلفظ الاضافة الى المنافع الا ان الشرع ورد بجوازها فان العقد على العين
او المنفعة بلفظ الاجارة صحيح لانا عند اضافته الى المنفعة بلفظ الاجارة مع خلاف القياس في العقد
بلفظ التمليك والهبة مما لا يختص بتمليك العين بلفظ الاجارة اجزنا الا اضافة الى المنفعة بلفظ
الاجارة مع خلاف القياس في الحقت بلفظ التمليك والهبة بلفظ الاجارة لجوازها قوله عمارويا
اي لما ان ما رويناه وهو قوله من استاجر اجيرا ولكن لان الاجرة في العقود عليه مما اشترط لا يبدل البيع وهو
المعقود عليه فلا ان يشترط به المنافع المعقود اليه قوله صعب ثمن المبيع فقد اعتبار بثمنه فيقتضي ان لا يصلح
اجرة ما لا يصلح ثمنا وليس كذلك قوله كالاعيان اي التي ليست من ذوات الامثال فانها او ان كانت حقيقية
يصلح اجرة ولا يصلح اجرة بان استاجر سكنى دار بركوب دابة ولا يصلح ثمنا في البيع قوله وهذا اللفظ
لا ينفي صلاحية غيره وهذا لا ينفي ... او التعيين في الروايات لو صب ... قوله لانه عوض مالي
متعلق بصلاحية غيره اي صلاحية غيره الى صلحه لكونه عوضا ماليا او هو ويدل عليه قوله وما لا يصلح ثمنا
يصلح اجرة كالاعيان اي لان الاجرة عوض عن المنافع فكان ما لا يصلح ثمنا كان اجرة قوله والاجرة لا تجب بالعقد
المراد وجوب الاداء اما نفس الوجوب فثبت بنفس العقد كذا في الشرح وفيه ان الاجرة لا تملك بنفس
العقد فكان مقدرا او لا تجب في الذمة ان كان دينا وهذا وجه ما ذكر في الكشف في قوله ولنا ان العقد ينعقد

شائعا شيئا فشيئا اه فهذا الوجه يقتضي ان الملك في الاجرة لا يثبت بنفس العقد ولو كان يفيد الملك بنفس العقد لثبت الملك في الاجرة
في النفقة كالوصية فيكون مملوكة بعد استيفاء المنفعة او الكتابة في الدفعة مملوكة تحققا للمساواة المطلقة
في عقد المعاوضة [illegible] فثبت الوجوب المتعلق بقوله وسمعه بالاحصاء [illegible] ولا يخفى ان الثابت بكلمتها المنفعة
هو نفس الوصف لان وجوب الاداء لان الاداء انما يجب بالخطاب والطلب واستيفاء المنفعة ليس من الطلب
في شيء فظهر ان المنع نفي الوجوب ولان عدم وجوب الاداء الذي يتعلق بالخطاب بنفي العقد [illegible]
الى بيانه بما ذكره [illegible] ان كان [illegible] هو كالنقد ما اشار اليه [illegible] ان الصحيح [illegible]
فان قلت فلم لم تكن الاجرة واجبة بنفس العقد لكان ينبغي ان لا يصح الابراء عنها والرهن والكفالة بها [illegible] صحيح
لا يقتضي الوجوب بل يكفي وجود السبب صحتها على ما عرف وسبب الوجوب موجود هنا وهو العقد فيصح قوله وما
ان العقد ينعقد شيئا فشيئا فان قلت [illegible] المنفعة [illegible] تسليم المنافع [illegible] فالمعقود
عليه [illegible] المنافع الا ان [illegible] الدار [illegible] وذكر العقد [illegible]
المنافع وانها لا تملك قبل الوجود ولا تكون [illegible] المستاجر [illegible] لتعذر استيفائها
ايضا قوله واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجرة وان لم يسكنها لانه اذا كانت الاجارة صحيحة وتمكن من
الاستيفاء في المدة التي وقع العقد [illegible] الاجارة [illegible] الاجر الا حقيقة الاستيفاء
وكذا اذا تمكن من الاستيفاء [illegible] او تمكن منه [illegible] في الموضع الذي وقع
العقد فيه [illegible] وذهب اليها [illegible]
[illegible] المستاجر [illegible] حقه [illegible] الكوفة لا يجب
الاجرة [illegible] العقود [illegible] قلت [illegible] المستلم
بالسكنى [illegible] الاجر [illegible] جميع [illegible]
جميع [illegible] المستاجر [illegible] المدة يتمكن من استيفاء المنفعة فيها وفي الموضع
الذي وقع العقد فيه [illegible] وكذا العقد [illegible] بالتمكين من الاستيفاء المنفعة
فيها في الموضع الذي وقع العقد فيه [illegible] التمكن فان التسليم [illegible]
فان قلت من العقود [illegible] ما ذكرت [illegible] بالتعليل الذي ذكره [illegible] القدوري [illegible]
انما هو [illegible] لفظ القدوري [illegible] العقود [illegible]
بان القدوري [illegible] لفظ محمد رحمه الله مع طرح التعليل الذي [illegible] من العقود ومحمد رحمه الله
ذكر [illegible] العقود واما التقييد يكون الاجارة صحيحة [illegible]
[illegible] بالاجارة الصحيحة [illegible]
فالفسخ [illegible] لا ينفسخ ولكن يسقط [illegible] ينفسخ ولكن يسقط الاجر [illegible]
[illegible] الغاصب [illegible] الغصب [illegible] بقيت الاجارة ولو [illegible]
بالغصب [illegible] الا انه [illegible] الانفساخ [illegible] الغصب

واذا

ما في الكتاب لان فوات التمكن من الانتفاع يوجب هلاك المنافع في حقه والمنافع هي المعقود عليها
والمعقود عليه اذا هلك انفسخ العقد لعدم بقاء المحل [illegible] قوله حتى [illegible]
وان [illegible] لان المراد [illegible] في بيت المستاجر [illegible] قوله كذا اذا [illegible] في بيت
المستاجر ومن [illegible] في بيته لا يستحق الاجر [illegible] حتى يسلم اليه قوله لا اذا [illegible] اي [illegible]
[illegible] ينتفع [illegible] ينتفع [illegible] والتسليم شرط لاستحقاق الاجر فيما اذا
خاط في بيته قوله وكذا اذا [illegible] في بيت المستاجر لا [illegible] الاجر [illegible] هذا [illegible] الكتب
وفي المبسوط خياطا يخيط له في بيت المستاجر [illegible] فسرق الثوب [illegible] الاجر [illegible]
بما [illegible] من العمل [illegible] التسليم [illegible] وذكر [illegible]
كمال المقصود [illegible] الاجارة التي [illegible] العمل [illegible] الاجر [illegible]
[illegible] الا ان [illegible] الخياط [illegible] في بيت صاحب [illegible]
[illegible] الاجر [illegible] الاجر [illegible] من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر [illegible]
وذكر الامام [illegible] كلما عمل عملا استحق الاجر [illegible]
[illegible] الامام [illegible] الخياط [illegible]
اي [illegible] قبل الاجارة [illegible] الاجرة [illegible] في بيت المستاجر او في بيت الاجير لان [illegible]
[illegible] بخلاف الخياطة اذا خاط في منزل رب الثوب [illegible] الثوب [illegible]
[illegible] حصته من الاجر لانه [illegible] خاط [illegible]
[illegible] من انه لا يوجب الاجر [illegible] الفراغ [illegible] حصة معلومة من الاجر [illegible]
[illegible] العمل الذي له [illegible] حصة معروفة [illegible]
[illegible] بعد ما [illegible] من المنفعة او كان له حصة معلومة من الاجر [illegible]
[illegible] بين [illegible] المسئلة فانه لا يستحق الاجرة [illegible]
[illegible] ان المعقود [illegible] المعقود [illegible] مع الكل
دون [illegible] قوله [illegible] لا اجارة
[illegible] وكذا [illegible] لانه [illegible] قبل التسليم [illegible]
فلا يبرأ الا [illegible] التسليم [illegible] قوله [illegible] بالراء المهملة
اي [illegible] فتق [illegible] قوله لان المعقود عليه
وصف [illegible] الثوب [illegible] البيع [illegible]
[illegible] ان المعقود عليه [illegible] العمل [illegible]
[illegible] لان المعقود [illegible] الثوب اي من حيث الاعتبار [illegible]
فالمعقود عليه هو العمل [illegible] وتوضيحه ان الاجارة تنعقد على العمل [illegible]

وضع لاستحقاق المنافع ولكن المعقود يستحق الحقيقة والظاهر هو التوصل الى العين من حيث
ان الاجارة ينعقد على العمل كان المعقود عليه هو العمل ظاهرا ومن حيث ان المقصود بايراد العقد
على العمل هو التوصل الى العين كان المعقود عليه من حيث المعنى كالصبغ واللبن فقلنا جاز للصباغ
يحبس الثوب المصبوغ لاستيفاء الاجر لان الصبغ القائم بالثوب هو المقصود للعاقد بايراد العقد
على العمل فصار كانه باع الصبغ منه والبيع اذا بيع فللبائع ان يحبسه حتى يستوفي بدله فكذا هذا
فان اريد بالحقيقة هو الظاهر باعتبار هو المعنى والعبرة للمعنى والمعقود دون الصورة والمعنى ههنا
يوجب حق الحبس وان كان الصورة لا توجب ذلك فيكون له حق حبس يرضى لما ثبت المعنى قوله
وغسل الثوب نظير الحمل لانه ازالة للدرن لا احداث للبياض بل البياض كان للثوب لكنه صار مستترا
بالدرن فما والبياض الاصلي فمع هذا كان المراد بالقصارة قوله وقال صاحب [illegible] العين كان
القصار هو الذي يعتبر بالنشا او البياض لا مطلق القصارة ولكن الاصح ان له حق الحبس بكل
حال لان عمل القصار وان كان في ازالة الدرن لا في احداث البياض لكن لما غلب عليه الدرن والوسخ
حتى استتر به صار كالمعدوم وحين اظهره القصار بعمله حين ظهر صار مضافا الى عمله وقد اجاده وكانه
باعه منه وحدثنا مثل هذا لا يوجب حق الحبس الا ترى ان حذاء العبد الى في [illegible] اشترى او على ما ترى
ان العبد انما كان [illegible] ملك الخاط بالخياطة ومع العداء كالبداء الشراء مع انه ليس
لو الحالة ان يحبس العبد حتى يستوفي العداء وايضا الجعل مقدر باربعين درهما او ربما قارنه
من غير وان كان [illegible] على ما روي انه شرع بان الجعل بمقابلة العمل حيث يتفاوت
بتفاوته ولو كان بمقابلة العين لما تفاوت باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها
قوله اذا كانوا حملوا خبزا لانهم اذا لم يكونوا حملوا شيئا فالاجارة فاسد للجهالة وفي الشرح
ومعنى المسألة ان يكون حملوا خبزا حتى تكون الاجرة حاصلا بالحمل ويقل [illegible] نقصان عند حمع فاما
اذا كان لا يعرف جمع الاجرة قوله للسكنى هو علة للدور والحوانيت لا اصله الانتساب للا
ستئجار الدور والحوانيت متعارف للسكنى لا ان يحول زمان العقد لما استأجرت هذه الدار للسكنى لانه لو لم
يكن كذا وقت العقد لا يكون له ان يعمل فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرت كذا في [illegible] ههنا ما يدل على ان الكلام في صحة
جمع التنصيص على السكنى [illegible] في التنصيص عليه سواء حيث قال [illegible] قوله ان يعمل كل شيء صورة المسألة وجواز [illegible]
بلا خلاف [illegible] دليلها [illegible] له ان يعمل فيها كل شيء لان اطلاق السكنى [illegible] تبعا والجميع ما يتم به السكنى من الاعمال [illegible]
لعطف [illegible] ان غير السكنى من غسل الثياب والوضوء وكسر الحطب وغيرها من توابع السكنى انما يكلم [illegible] حيث
انها مهمات [illegible] من قوله [illegible] لا يعمل فيه غير السكنى [illegible] لا يكون له غير السكنى [illegible]
من مهمات السكنى [illegible] مطلقا [illegible] جميع مهماته [illegible] هو المعمول به في الشرح ان اراد انه
لا يعمل غير السكنى من الاعمال التي ليست من توابع السكنى [illegible] ان يعمل ذكره صورة التنصيص على
السكنى ليس له ان يعمل ذلك [illegible] عدم التنصيص ايضا فلا [illegible] للتنصيص على السكنى قوله والا [illegible]

والعلم في السكنى حصل بعد [illegible] لا صحة الاستئجار والوكالة [illegible] لا استئجار
فيما غير السكنى [illegible] الشارح [illegible]
الولد [illegible] السكنى [illegible]
[illegible] مهمات [illegible]
والكهات كالوضوء وكسر الحطب
وغير [illegible] والنقض
السكنى لا مع عمر المهمات

ما يفعل فيها الى [illegible]

اى وان اطلق ولم يقل استأجرت الدار للسكنى لان العمل المتعارف فيها هو السكنى
فينصرف اليه اى وان لم يبين ما يعمل فيها من كسر الحطب وغسل ثياب وصب ماء
الوضوء والغسل لان المتعارف هو السكنى مع توابعه ومكملاته فينصرف اليه
قوله الا انه لا يسكن بفتح الباء من السكون هو المسموع ويراد اداحال قوله
يوهن اي يضعف قوله دلالة اي المرء لا يرضى لضرورة عادة قوله بخلاف
البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع حتى يجوز بيع الجحش والارض
السبخة لا يدخلون فيه من غير ذكر الحقوق وفي هذا نوع مخالفة لما مر ذكره
في اول البيوع من قوله والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه
بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه هذا لفظه ففيه دلالة على ان الانتفاع
في البيع مقصود بل باعتبار انه بمنزلة البعض غاية الامر انه يصير بعضا من حيث
انه لا ينتفع به بدونه اصلا كما لا ينتفع في الاكل بدون الجز بخلاف الشرب والطريق
فان الانتفاع بالارض ممكن بدونه في الجملة الا يرى ان استحقاق الشفعة
يثبت بدونهما وذلك غير الانتفاع فلا يكونان بمنزلة البعض فلا يدخلان
ج في البيع بدون الذكر قوله ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستأجر
للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت الخ قلت التعليل بقوله لانها
تستأجر للزراعة ولغيرها ما يزرع فيها لا يصلح دليلا على قوله حتى يسمي ما يزرع
وانما يصلح دليلا على وجوب قوله نفس الزراعة بان يقول استأجرت
هذه الارض للزراعة وجوابه ان وجوب تعيين ما يزرع فيها يستلزم ذكر المطلق
فيكون قوله لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها تعليلا لوجوب تعيين الزراعة وقوله
وما يزرع فيها تعليلا لتعيين ما يزرع فيها من الحبوب ونحوها قوله وما يزرع فيها
متفاوت فلا بد من التعيين لئلا تقع المنازعة قال الشارح ولم يذكر في الكتاب
فان زرع نوعا من انواع الحبوب ومضت المدة ما حكمه وذكر في الذخيرة و
الجامع الصغير لقاضي خان انه اذا زرعها نوعا ومضت المدة فالقياس ان يجب عليه
اجر المثل وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد جائزا لان المعقود عليه
صار معلوما بالاستعمال وذلك لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب
حدوث المنفعة والفساد كان لاجل الجهالة فاذا ارتفعت كان الانتفاع
في هذه الحالة كالانتفاع وقت العقد فيعود جائزا ثم لفظه قلت كانه اراد
سة بالكتاب غير الهداية والا فحكم هذه المسألة مذكورة فيها في اخر باب اجارة الفا
وسيأتيك ان شاء الله تعالى قوله فان اطلق الركوب جاز قيل المراد منه ان يقول

اجرتك هذه الدابة للركوب على ان يركب عليها من شئت لما ان الرواية منصوصة
انه لو آجر الدابة للركوب ولم يبين من يركب فالاجارة فاسدة وقيل هذا الذي ذكره
المص رحمه الله تعالى محمول على آخر الاحوال وذلك لانه لو اطلق الركوب و
لم يبين من يركب عليها فالعقد ان كان ينعقد فاسدا لكنه اذا لم ينقض حتى
ركب بنفسه او اركب غيره ينقلب جائزا استحسانا قوله مثل ان يقول
حمل اقفزة قيل ما لا قفزة لا ذكر في المبسوط لو سمى مقدارا من الحنطة وزنا
فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة اكثر مما يأخذ
الحنطة فاما مثل كيلها من الشعير فلا يأخذ من ظهرها اكثر مما يأخذ الحنطة
ولكن ذكر في الذخيرة في هذا عدم الضمان وقال ذكر شيخ الاسلام في انه
لا يضمن استحسانا ثم قال وهو الاصح لان ضرر الشعير مثل ضرر الحنطة في حق
الدابة عند استوائهما وزنا لانه لا يأخذ من موضع الحمل من ظهر الدابة اكثر مما
يأخذ الدابة فكان داخلا تحت الاذن وبه كان يفتي الصدر الشهيد كذا ذكر في
الشرح قوله فان الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهره
فان قلت هذا اشارة الى ان الانبساط على الظهر احق على الدابة من الاجتماع
عليه وبه يشكل ما ذكرنا من رواية المبسوط انه لو سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل
مثل ذلك الوزن من الشعير انه يضمن وعلله بانه يأخذ من ظهر الدابة اكثر مما يأخذ
الحنطة فيه اشارة الى ان الاجتماع على ظهرها احق عليه من الانبساط فما وجهه
قوله لا شك ان الاجتماع التام كاجتماع الحديد والانبساط التام كانبساط
الشعير كل واحد منهما مضر بالدابة اما الاجتماع التام فلان الحمل يحق على الدابة بنوع
الثقل على الظهر ينقل باجتماعه في موضع واحد وكذا الانبساط التام لانه يمنع
من وصول الريح الى الظهر الاجتماع التام اشق عليه من الانبساط التام على
ما لا يخفى اذا تقرر هذا فنقول اذا سمى الحنطة وزنا لم يكن له وزنا ثم يكن له ان
يحمل الشعير مثل ذلك الوزن لان الحنطة احق على الدابة لانعدام الاجتماع التام
فيكون اضر عليها والانبساط التام فيه بل فيها اجتماع من وجه وانبساط من وجه
واما الشعير ففيه الانبساط التام فيكون اضر عليها ولا يحمل عليها فالانبساط
التام احق من الاجتماع التام في الحديد فلا يكون له حمل الحديد فبهذا ظهر ان ما ذكر
في المبسوط اصح مما ذكر في الذخيرة قوله وان استأجرها ليركبها فاردف معه
قيد بالارداف لانه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره يضمن جميع القيمة وان كانت
الدابة تطيق لان يركب عليها مع آخر لان الراكب مع الذي حمل عاتقه يجتمعان في

في مكان واحد فيكون اشق عليه اما اذا كانت لا تطيق ذلك فيجب جميع الضمان
في الاحوال كلها قوله رجلا اي شخصا يتمسك بنفسه على الدابة رجلا كان او صغيرا
قيد به لانه لو اردف صبيا لا يتمسك بنفسه فانه يضمن بقدر الثقل قوله فيضمن نصف
قيمتها اي مع تمام الاجر اذا كان الهلاك بعد البلوغ الى المقصد فان قلت ذكر في المبسوط
ان الاجر مع الضمان لا يجتمعان قلت انما ينتفي الاجر مع وجوب الضمان لانه ملكه
بالضمان بطريق الغصب ولا اجر عليه في ملكه وههنا لا يملك شيئا بهذا الضمان مما شغله
بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك وانما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا اجر
بمقابلة ذلك فيسقط كذا في الشرح ويشكل هذا انما استأجر ارضا ليزرع فيها
حنطة فزرع رطبة يضمن ما نقص ولا اجر فهناك ينتفي الاجر باعتبار وجوب الضمان
مع ان الضمان لا يستفيد بهذا الضمان ملكا لا في نقصان الذي ضمنه ولا في الارض المستأجر
فلو امتنع اجتماع الاجر مع الضمان باعتبار انه يملكه بالضمان لكان ينبغي ان يجب
الاجر في هذه المسئلة لانه لا يدخل في ملكه بضمان النقصان شيء وقد يقال معنى قولنا
ان الاجر والضمان لا يجتمعان العمل الذي يجب الضمان على المستأجر لا يجب
الاجر عليه بمقابلته لان الاجر لا يجب الا بمقابلة عمل يستحق بالاجارة والضمان
لا يجب الا بعمل لا يتناوله العقد فاستحال ان يجب الاجر بمقابلة عمل يجب الضمان به
لاستحالة ان يكون المستأجر مأذونا في العمل الواحد وغير مأذون فيه وفي مسئلة
الكتاب يجب الضمان بمقابلة عمل لم يدخل تحت العقد وهو الارداف والاجر بمقابلة
ما دخل تحته وهو ركوبه واما في مسئلة استيجار الارض فالضمان يجب بما لم يدخل
تحت العقد فاستحال ان يجب الاجر بمقابلته والعمل الذي تناوله العقد لم يوجد حتى
يجب الاجر بمقابلته وهذا ايضا محل نظر لما عرف ان الاجر فيما اذا استأجر ارضا للزراعة
يجب بالتسليم الى المدة المضروبة ولا يتوقف وجوبه على الزراعة بالفعل وهذا لو لم يزرع
فيه اصلا لوجب الاجر ايضا وقد وجد التسليم الموجب للاجر هنا وايضا لو استأجر عبدا
للخدمة فسافر به فهو ضامن لمولاه لانه صار غاصبا بالاخراج ولا اجر له وان رده
الى مولاه سالما لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان هكذا علل الشارح نقلا عن
المبسوط في باب اجارة العبد فهناك لا يجتمع الاجر مع الضمان مع ان الاجر
هناك لو وجب لوجب بمقابلة ما لا ضمان به اذ الاجر بمقابلة الخدمة وهو الضمان بالمسافرة
قوله لان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفة ثقل الراكب بالوزن وفيه نظر لما عرفت

انه اذا اردف صبيًا لا يتمسك على الراحلة او وضع طعامًا فعطبت يضمن بقدر الثقل
فلو لم يكن معرفة الوزن في الآدمي كيف يتوزع الضمان على ثقله و ثقل الصبي والمتاع
لا يكن الا بعد معرفة ثقل الراكب بالوزن وكذا لو لم يكن الآدمي موزونًا باعتبار انه
يثقل نفسه مرة ويخفف اخرى كيف يعرف ثقل الصبي الذي لا يتمسك على الراحلة حتى يجب
الضمان بقدره **قوله** ضمن ما زاد الثقل هذا فيما اذا حمل عليها احد عشر مختومًا مثلًا دفعة
واحدة والشرط عشرة اما اذا حمل عليها عشرة مخاتيم مثلًا ثم حمل عليها مختومًا وعطبت يضمن
قيمتها بتمامها كما في مسئلة السفينة وهي اذا استاجر سفينة ليحمل عليها مائة من فحمل عليها
اكثر منه يضمن جميع قيمتها وذلك ان الهلاك في هذه الصورة مضاف الى الجزء الاخير
وحده وهو في ذلك متعد من كل وجه وفيما اذا حمل مع المزيد عليه دفعة واحدة بمثابة
الى الكل فانقسم على الماذون وغيره لعدم الاذن فيها اصلًا اي لا في الزيادة ولا في
المزيد عليه لان الاذن في المزيد عليه مقيد بشرط ان لا يحمل عليه ما لا يطيقه الدابة بحكم
العرف فاذا فات الشرط ظهر انه لم يكن ماذونًا في شيء اذ الراضي بالشيء مع شرط ان لا يكون
راضيًا دونه **قوله** والفرق ان المودع بالحفظ الى فاده قلت لو استاجرت امرأة
ثوبًا بالتلبسه ايامًا فلبست بالليل ضمنت ثم اذا جاء النهار برئت وذلك براءة المستاجر
عن الضمان بالرجوع الى الوفاق **قوله** وجوب الضمان عليها بالاستعمال دون اللبس
فان لها ان تلبس بالليل والنهار وقد انعدم الاستعمال الذي لم يتناوله العقد في النهار
وههنا وجوب الضمان بامساك الدابة بعد المجاوزة بدليل انه لو لم يركبها حتى هلكت ضمن
والامساك باق بعد العود الى الحيرة فلو برأ الا بسبب عنه وهو الرد الى يد قائمة مقام يد
المالك كذا في الشرح نقلًا عن الامام المحبوبي رحمه الله تعالى وفيه عث اما اولًا فلان الموجب
للضمان هو الامساك لا يقابله عوض وبعد العود الى الحيرة لم يبق ذلك الامساك بل
هو الامساك يجب الاجر بمقابلته وذلك غير موجب للضمان فلا فرق بين المسئلتين واما
ثانيًا فلانها قد صارت غاصبة بالاستعمال والابراء عن ضمان الغصب الى يد المالك او نائبه
وحيث برئت بالنهار علم ان المستاجر براء عن الضمان بالرجوع الى الوفاق وما ذكر من ان
الاستعمال لا يبقى فمسلم ولكن الضمان الذي لحقها بالاستعمال لا يسقط الا بالرد الى المالك فالظاهر
ان البراءة من الضمان في النهار تم عند من ذهب بالفرق من المودع والمستاجر انما هو جواب
من لا يعرف بينهما واما ثالثًا فلما عرف ان ذكر الامام بلفظ الخروج يتناول ما بازائها من الليالي
والعكس فتى استاجرت الثوب لتلبسه اياما وجب ان يكون لها ان تلبسه في الليل ايضًا اذ الايام
يتناول ما بازائها من الليالي فينبغي ان يضمن اذا لبسته بالليل والله اعلم اللهم الا ان يقال انما يتناول
الايام ما بازائها من الليالي باعتبارات المتعارف انما هو لبس الثوب في الايام دون الليالي
بل المعتاد في الليالي نزع الثياب **قوله** اذ لا فائدة في التقييد بغيره اي بغير الشرح الذي شرحه
هو الذي عين المالك فيكون قوله في التقييد بعينه وقوله بغيره عائدًا الى الذي اشرحه

واعلم ان الشارح جعل الضمير في قوله بغيره للشرح الذي اكثرى به في قوله بغيره للشرح الكري به وفيه
تكلف فقال لا فائدة في القول بان هذا مقيد بان لا يشرح بغير هذا الشرح الذي عينه صاحب الهداية
اذا كان عن الشرح بانه ثم قال وكان ان يقال الى التقييد بعينه اي بغير الشرح الذي عينه
المالك كما قال المحبوبي رحمه الله تعالى **قوله** وان اوكف باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن اي كل
القيمة عند الهلاك عند ابي حنيفة رحمة الله وقالا بحسابه في الثقل والخفة وهو رواية
عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى حتى اذا كان الشرح منوين والاكاف بوزن ستة امنا يضمن
ثلثي قيمتها **قوله** وكذا يبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه للآخر وكان مخالفًا كما اذا حمل
الحديد وقد شرط الحنطة هذا التعليل يقتضي انه اذا اوكفه ونزع الشرح يضمن عنده مطلقًا
سواء كان ذلك الاكاف مما يوكف به الحمر اذا لم يوكف به وسواء كان مساويًا للشرح في الوزن
او زائدًا عليه فيعرف بالتامل **قوله** وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى فان قلت
كيف اجتمع هذا الضمان مع الاجر والضمان لا يجتمعان قلت ليس هذا جمعًا بينهما بل عمل بهما في
حالين فالضمان في حالة عدم التبليغ والاجر في حالة التبليغ ولئن سلمنا لكن ذلك الجمع لا باس
به فانه ذكر الامام المحبوبي ولا يبعد ان يضمن عند الهلاك ويلزمه الاجر عند السلامة كما
المحجور اذا اجر نفسه فان تلف كان المستاجر ضامنًا وان سلم يجب الاجر فهذا مثله كذا
في الشرح وقد يشكل على هذا الوجه التفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا كان يستاجر عبدًا
شهرًا فمرض ولا اجر عليه وان رده الى المعير سالمًا وعلله الشارح نقلًا عن المبسوط والذخيرة
بان الاجر والضمان لا يجتمعان حيث قال في اول باب اجارة العبد وان سافر به فهو ضامن
لمولاه لانه صار غاصبًا بالاخراج ولا اجر عليه وان رده الى مواده سالمًا لان الاجر والضمان
لا يجتمعان في هذه الصفة وهناك وان كان الضمان يجب عند الهلاك والاجر يجب عند السلامة مع
انه حكم بامتناع هذا النوع من الجمع فالجواب ان الاجر لا يجتمع مع الضمان معناه والله اعلم
انه لا يجب مع ضمان المستاجر كما اذا استاجر عبدًا للخدمة فسافر به او استاجر ارضًا للزراعة
الحنطة فزرع فيها رطبة فانتقص به الا رد في هذه المسئلة المستاجر انما هو الجمال والمضمون
انما هو الطعام فليس فيه اجتماع الاجر مع ضمان المستاجر حتى يمتنع لا يقال اذا استاجر جملًا
ليركبه فركب واركب معه غيره فعطبت ضمن نصف قيمته وكان عليه تمام الاجر فقد
اجتمع الاجر مع ضمان نصف المستاجر لانا نقول الاجر انما يجب فيه الاجر مع ضمان بمقابلة ركوب
نفسه وبالنظر اليه ليس بمضمون عليه وانما الضمان بارتكاب غيره ولا اجر بالنسبة اليه
فلم يجتمع فيه الاجر مع ضمان المستاجر لان ضمانه عدم بالنسبة الى ما يجب به الاجر ويمكن
ان يجاب ايضًا بانه لما ارتفع الخلاف بالتبليغ معنى الفسخ التعدي من الاصل وصار فعله
كفعل ماذون غير موجب للضمان كما ان العبد المحجور لما فرغ من العمل الذي اجر نفسه لذلك العمل

لعبد

واعلم

صار كانه اجر باذن المولى و بطل ضمانه من الاجر فلم يجتمع الاجر مع الضمان بخلاف ما اذا سلم
بالعبد المستاجر للخدمة اذا سافر لا نضير باذنه فيها بعد الرد الى ذلك سالما ايضا قوله
ولو لم يرد لانه غاصب فلو بد من ايجاب ضمان نقصان الارض عليه ولا اجر مع الضمان لا
يجتمعان كذا في الشرح وفي انشاهان انه غاصب والاجر مع الضمان لا يجتمعان عن لفظ
وقد يشكل بان عليه عدم وجوب الاجر لو كان باعتبار انه يضمن ما انتقص من الارض
لكان ينبغي ان يسقط الاجر بقدر المضمون فقط و ذلك عامر في الشرح ان الاجر انما لا
يجب مع الضمان لكنه يملكه بالضمان والاجر لا يجب عليه في ملكه ولا يخفى ان غير المضمون
لا يدخل في ملكه بالضمان فيجب ان يتقيد عدم وجوب الاجر بالمضمون وقوله لا يدل على
انتفائه مطلقا وقد يعلل بانه لم يوجد هنا عمل يقابله الاجر وهو زراعة الحنطة وما وجد
منه وهو زراعة الرطبة فلا يقابل الاجر لانه يتناوله الاجارة وهذا ايضا منظور فيه
لما ذكرناه ان الاجر انما يجب بتسليم الارض ولا يتوقف وجوبه على فعل الزراعة حتى انه لو اهمل
الارض ولم يزرع فيه اصلا يجب الاجر ايضا وقد وجد التسليم الموجب للاجر فلا يضر
فوات الزراعة نعم ان المانع من ايجاب الاجر انما زراعة الرطبة لان عدم زراعة الحنطة
ثم التعليل بقوله لانه غاصب لا يوافق مذهب ابي ح رحمه الله تعالى اذ العقار لا يضمن
بالغصب عنده انما يضمن بالاتلاف فالاولى ان يعلل بقوله فيضمنه اذ العقار يضمن
بالاتلاف اتفاقا باب الاجارة الفاسدة قوله الا يرى انه عقد
يقال ويفسخ قلت كونه عقدا يقال ويفسخ لا يوجب ان يكون بمنزلة البيع في الفساد
بالشروط الفاسدة الا ان الهبة عقد يحتمل الفسخ مع انها لا يبطل بالشروط الفاسدة
فلا بد وان يزاد هنا قيد لكن بان يقال عقد معاوضة يقال ويفسخ وكان قوله عقد معاوضة
احتراز عن سائر التبرعات وقوله يقال احتراز عن النكاح والواجب في الاجارة
الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى يريد الواجب فيه الاقل من اجر المثل ومن المسمى هنا قيود لا بد
من ذكرها احدها ان هذا اذا لم يكن فساد الاجارة للنظر اما اذا كان النظر يجب بعد العمل
المسمى وذلك كاستيجار الاب اما للخدمة فانه فاسد مع انه اذا عمل يستحق المسمى وذلك
لان الفساد للنظر حق للاب لا بسبب الخدمة ومتى فرغ من العمل فالنظر في
ايجاب المسمى لا ينقص لان في ايجاب اجر المثل احتمال النقصان بان كان المسمى
زائدا عليه واذا حكمنا بوجوب المسمى لا ينقص عنه شيء فكان النظر في ايجابه هكذا
ذكر في المحيط في فصل الاستيجار للخدمة وذكر في موضع آخر ان اجارة العبد نفسه
بدون اذن المولى ينعقد جائزة في الاجرة اذا فرغ من العمل لتمحضه نفعا وهكذا يجوز ان
يقال في الاب اذا استوجب للخدمة فلا حاجة الى زيادة وثانيها ان هذا فيما اذا فسدت

من الابتداء

من الابتداء اما اذا فسدت في الانتهاء فيجب اجر المثل بالغا ما بلغ وصورته استاجر دارا
سنة بعبد بعينه فسكنت المستاجر الدار شهرا وهلكت العبد قبل التسليم فعليه اجر مثل
الدار بحصة الشهر لان احد البدلين هلك قبل القبض وهو عين والآخر وهو المنفعة
قائم يجب قيمته على المستاجر فلا ينفسخ العقد ولكن يفسد كما في بيع العروض فيجب
اجر المثل الا انه يجب بالغا ما بلغ حتى اذا كان اكثر من قيمة العبد يجب كله بخلاف
ما اذا فسدت من الابتداء والفرق ان المنافع انما تتقوم بالعقد في مسئلتنا الاستيفاء
في الشهر حصل بحكم عقد جائز من كل وجه وانما فسدت من بعد فصار المستوفي متقوما
من كل وجه فصار ملحقا بالعين ومتى وجب رد العين بسبب الفساد وتعذر
رده عليه يجب قيمتها بالغة ما بلغت فاما اذا كان فاسدا من الابتداء فالعقد
وجد من وجه دون وجه فيثبت التقوم بقدر المسمى لا فيما زاد عليه وثانيها
انه يجب اجر المثل في الاجارة الفاسدة اذا استوفى المنافع بتسليم من الموجر
اما اذا لم يوجد التسليم من الموجر لا يجب الاجر بيانه رجل اشترى من آخر عبدا
فلم يقبضه حتى اجره من البائع شهرا كانت الاجارة باطلة لان الاجارة التمليك
المنفعة والمنفعة تابع للعين وبيع العين قبل القبض من البائع باطل فكذا
تمليك المنافع فان استعمله البائع بحكم الاجارة لا يلزمه الاجر لان التسليم
الى المستاجر من الموجر لم يوجد ورابعها ما ذكر الشارح نقلا عن الذخيرة
وغيرها هنا فيما اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة
المسمى ولا باعتبار عدمه لانه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الاجر بالغا ما بلغ
ولكنه منقوض بما اذا قال ان خطت هذا الثوب اليوم فبدرهم وان خطته غدا
فبنصف درهم اذ العقد فاسد في الغد عند ابي ح رحمه الله تعالى بجهالة المسمى
لان ذكر اليوم للتعجيل والغد للاضافة فيجتمع في الغد تسميتان كانه قال
بدرهم او بدرهم او بنصف درهم على ما يجيء مع انه لا يجب هناك اجر المثل بالغا
ما بلغ بل لا يجاوز به نصف درهم في رواية ولا يزاد على درهم ولا ينقص

نصف درهم فكأنه أراد الجهالة المطلقة التي هي جهالة من كل وجه نحو أن يستأجر على شيء وفي مسألة الخياطة الأجرة معلومة من وجه حيث علم أنه ليس بأقل من نصف درهم ولا أكثر من درهم وخاصتها أنه إنما لا يجاوز به المسمى إذا رضي الأجير بالمسمى وحده أما إذا لم يرض وحده يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ بيانه حانوت احترق واستأجره رجل كل شهر بخمسة دراهم على أن يعمّره على أن يحتسب نفقته فهذه الإجارة فاسدة لأنه في معنى استيجار المستأجر بالقيام على العمارة وكان الأجر صفة في صفقة ولأن شرط العمارة على المستأجر يخالف قضية الشرع لأنه لصلاح الملك على المالك فيوجب الفساد فإن سكن المستأجر الحانوت يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ لأن الأجر بالمسمى وحده وللمستأجر التي أنفقها في العمارة وأجر مثله في قيامه على العمارة لأنه في معنى استيجاره على العمارة إلا أنه فاسدة ولكن المنافع تتقوم بالعقد الفاسد **فقط** ويعتبر فيه ما يجعل بدلًا في الصحيح عادة أي يعتبر في الإجارة الفاسدة ما يعتبر بدلًا في الصحيحة وفي الصحيحة أي المسمى لا غير ولا يجاوز عن المسمى فكذلك في الفاسدة لا يجاوز عنه كذا في الشرح ففيه إشارة إلى أن المراد بقوله ما يجعل بدلًا في الصحيح عادة هو المسمى وذكر في الحاشية وهو المذكور في الكافي أن المراد به أجر المثل وهو واضح لأن فيه ولكنهما إذا اتفقا على مقدار في الفاسدة فقد أسقطا الزيادة يدل عليه ولأن المجعول بدلًا في الصحيح عادة إنما هو أجر المثل وهو القيمة دون المسمى إذ لا معنى للمجعول بدلًا في الصحيح سوى التسمية فيه تنزل إلى قولنا فيعتبر ما يجعل بدلًا في الصحيح وهو المسمى ولا معنى لذا لا نمنع أن يراد ما يجعل بدلًا في الصحيح أجر المثل وأيضًا قوله عادة يأبى أن يعتبر ما يعتبر بدلًا بالمسمى إذ المراد ما يعتبر بدلًا في الصحيح في الأعم والأغلب ولو فسر بالمسمى لزم أن يكون المسمى بدلًا في الأغلب وليس كذلك بل المسمى بدل في الصحيح في جميع الأوقات بخلاف أجر المثل فإنه يجعل بدلًا غالبًا وقد يجعل بدلًا غيره أيضًا لكنه نادر **قوله** لفساد التسمية فإن قلت اليس فساد التسمية فيما إذا كان المسمى أقل من أجر المثل مع ذلك يعتبر التسمية لنفي الزيادة قلت التسمية الفاسدة موجودة من وجه دون وجه فاعتبرنا التسمية بمقدار المثل فيما إذا كان المسمى أقل من أجر المثل وأهدرناها بأجر المثل فيما إذا كان أجر المثل أقل من المسمى عملًا باعتبارين في كل من التسمية وأجر المثل بخلاف الأعيان فإنها متقومة بالمثل من كل وجه فلو تمكن إهدار المثل الذي هو موجود من كل وجه باعتبار التسمية الفاسدة التي هي موجودة من وجه دون

عتبار

وجه وإنما لم يعكس أخذًا بالمتيقن في كل من الوجهين إذ الأقل متيقن **قوله** فاسد في بقية الشهور لجهالة المدة وقال بعضهم جائز في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الأول وإن كانت بالمدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير **قوله** ينصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم وقد يشكل بأنه إذا انصرف إلى الواحد لزم أن لا ينعقد في الباقي أصلًا كما لو صرح بالواحد والمسألة بخلافه فإن العقد ينعقد في الشهر الثاني والثالث وغيرهما لكن على صفة الفساد وجوابه أنه لا معنى لانصرافه إلى الواحد أن الواحد يصير مرادًا منه بل معناه أنه يعمل بموجبه في الواحد لا فيما وراءه ثم قوله لتعذر العمل بالعموم يشير إلى أنه لو أمكن العمل به بأن لا يكون ذلك مفضيًا إلى المنازعة يجب العمل به كما لو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق أو كل عبد اشتريه فهو حر فإنه ينصرف إلى كل امرأة يتزوجها وإلى كل عبد يشتريه فإن قلت ما وجه الفرق لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى بين مسألة الإجارة وبين ما إذا باع صبرة كل قفيز بدرهم أو اشترى قطيع غنم كل شاة بدرهم فإنه يصح العقد عندهما في الكل وفي مسألة الإجارة يصح في الواحد ويفسد في الباقي قلت وجه ذلك هو أن الأصل عندهما أن كلمة كل إذا دخلت على ما لم يعلم منتهاه ينظر إن كان منتهاه معلومًا بالإشارة كما في مسألة القطيع والصبرة يصح العقد في الكل وإلا ينصرف إلى الواحد **قوله** لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني وقد يقال هذا العقد في الشهر الثاني لم يكن باعتبار عدم التراضي حتى ينقلب جائزًا بتراضيهما بل فساده باعتبار الجهالة فتراضيهما لا يؤثر في العقد أصلًا ما لم يرتفع تلك الجهالة فالتعليل بقوله لأنه تم العقد بتراضيهما ليس كما ينبغي فالأولى أن يعلل بأن العقد لما بقي بتراضيهما وعدم فسخهما إياه وقد ارتفعت الجهالة لأن الشهر الثاني معلوم كالأول لأجل ذلك حكمنا بصحة العقد والقول به جائز ولكن هذا هو مقصود المص كأنه قال أراد أن العقد قد تم بتراضيهما ولا مانع وهو الجهالة إذ الشهر الثاني معلوم **قوله** ونظيره العدة أي من حيث الاعتبار بالأشهر أما إذا كان الطلاق واقعًا في خلال الشهر فيعتبر العدة بالأيام هناك بالاتفاق لأنه ذكر في المبسوط في الإجارات وقد ذكر في كتاب الطلاق في العدة إنما يعتبر بالأيام فعلى قول أبي حنيفة ومحمد واحدهما الروايتين عن أبي يوسف الحاجة إلى الفرق وعلى قول محمد واحد الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى الفرق أن باب الإجارة عقود متفرقة فإذا أهل الهلال يتجدد انعقاد عند ذلك فيجعل كأنها جددًا العقد ولا يوجد مثل ذلك في العدة لأن الكل في حكم شيء واحد فيعتبر كلها بالأيام كذا في الشرح قلت ذكر المص في أول الطلاق ما يدل على الاختلاف في العدة أيضًا حيث قال ثم إن كان في أول الشهر يعتبر بالأهلة وإن كان في وسطه فبالأيام في حق التفريق وفي العدة كذلك عند أبي حنيفة وعندهما يكمل الأول بالأخير والمتوسطان بالأهلة هذا لفظه فهذا يدل على أن المعتبر هو الأيام عنده وعندهما إذا وقع الطلاق في أثناء الشهر فعلى هذا يكون التشبيه في حق الاعتبار بالأيام أيضًا أي ونظيره العدة في اعتبار الأيام والشارح جعل التشبيه في حق الاعتبار بالأشهر حيث قال أي من حيث

الاعتبار بالاشهر الا ان يقال في تقريرها في الشرح ان العدة معتبرة بالاهلة اذا وقع الطلاق في اثناء الشهر
يعتبر الاشهر بالايام دون الاهلة بالاتفاق فكذا في الاجارة فيكون التشبيه في حق الاعتبار بالايام عند تعذر الاعتبار
بالاهلة وهذا هو مقصود الشارح وان كان لفظه لا يساعد ذلك قوله وقد مر في الطلاق قال الشارح في
هذه الحوالة غير رايجة فان مثل هذا الاختلاف لم يمر في الطلاق وما يتعلق به قوله بل مر حيث قال في اول كتاب الطلاق في
وسطه فبالايام في حق التفريق وفي العدة كذلك عندهم ح يكمل الاول بالاخير ولو سلم فليس يعني قوله وقد مر في الطلاق
انه مر مثل هذا الاختلاف في الطلاق كيف ولا اختلاف في العدة اذا المعتبر فيها هو الايام عند الكل على ما ذكره الشارح في
المبسوط بل معناه وقد مرت مسئلة العدة في الطلاق وهذا الحكم اعني اعتبار العدة بالايام عند الكل اذا وقع
اذا اثنا الشهر لم يبق ذكره في الكتاب فيحتمل انه ذكره في غيره وقد وقع مثل هذه الحوالة من المصنف في غير موضع
فعليك بالتصفح قوله ولنا قول م اقرؤا القرآن ولا تاكلوا به قيل هذا الحديث محمول على التوسل به الى السؤال والتكدي
كما روي عن عمران بن الحصين رضي الله عنه انه مر على قاص يقرأ ثم يسأل فاسترجع ثم قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
من قرأ القرآن فليسأل الله به فانه سيجيء اقوام يقرؤن القرآن يسألون به الناس وانما حملناه على ذلك لئلا
يرد النقض بالحديث المخرج في الصحيحين وغيرهما ان احق ما اخذتم عليه اجرا كتاب الله تعالى قلت قوله لا
صريح في حرمة الاكل بالقرآن سواء كان بوسيلة التكدي او الاستيجار وقوله ان احق ما اخذتم عليه اجرا كتاب
الله تعالى يحتمل ان يكون الاجر فيه بمعنى الثواب الاخروي كما في قوله م احكم على قدر تعبك فلا يترك به الحديث
الاول على ان المحرم على المبيح اصل يعتضد في الشرع قوله ولان التعليم مما لا يقدر عليه الخ قلت يجب ان
لا يجوز الاستيجار على تعليم التوبة ايضا وانه جائز ولان الوهم ان لم يكن في وسعه فالقراءة بين يديه بما يقدر هو عليه
فليسمع احد الاجر بمقابلة ما يقدر الا ان يكون التعليل على الترديد يعني لو جاز الاستيجار فلا يخلو اما ان يكون
استيجارا على القراءة او الوهم لا وجه للاول لانه عبادة ولا الثاني لانه غير مقدور ولا في ح بانه اجر
ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز كما لو اجر الآبق وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور اذ التسليم فعل حسي
لا يتصور ورود ه الا على جزء معين ولئن قال يمكن التسليم بالتخلية ورفع الموانع من القبض كما في البيع
فان بيع المشاع جائز وتسليمه بالتخلية حتى لو خلا بينه وبين المشتري يصير قابضا ويدخل المشتري
في ضمانه حتى جاز بيعه وهبته قلنا التخلية انما اعتبرت تسليما لكونه ممكنا من القبض ولا يمكن من قبض المشاع
في الاجارة بخلاف البيع وهذا لان المعتبر هو القدرة على تسليم المعقود عليه والمعقود عليه في البيع عين المشاع
وتسليمه بالتخلية ممكن لانه بتخلية كل الدار يتمكن المشتري من قبض المشاع في ضمن الكل والمعقود عليه في الاجارة هي
المنفعة الى انقضاء المدة والتمكن من استيفائها لا يحصل بتخلية كل الدار لانه لو لم يمكن من استيفاء منفعة
المشاع يتمكن في ضمن الكل والمعقود يرد على الكل حتى يستوفي جميع المنافع الى انقضاء المدة فيعتد تسليم المعقود عليه
بخلاف الاجارة من الشريك لانه يتمكن من استيفاء منفعة المشاع في المدة في ضمن الكل فيحصل التسليم اليه برفع
يده عن نصيبه وهذا معنى قوله اذا اجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه يعني ان الشريك يتمكن من الانتفاع بالمشاع لانه
ينتفع بالكل وفيه انتفاع بالمشاع غير انه ينتفع بالبعض بحكم الملك وفي البعض بالاجارة والاختلاف في النسبة لا بغير

قوله على انه لا يبقى في رواية الحسن عن ابي ح لان استيفاء المنفعة التي بنا ولها العقد لا يتاتى الا بغيرها وهو
منفعة نصيبه وذلك غير معقود عليه كمن استاجر احد زوجي المقراض لمنفعة قرض الثياب فانه لا يجوز لان
الانتفاع به لا يمكن الا بما لم يتناوله العقد والفرق في ظاهر الرواية بين استيجار المشاع من الشريك
وبين استيجار احد زوجي المقراض لمنفعة قرض الثياب هو ان المشاع منفعة حقيقة والمنع في استيجاره
غير انه لا يمكن الانتفاع به الا في ضمن الكل وبان لا يمكن استيفاء المعقود عليه الا بغيره لا يمنع صحة العقد
كذا هذا احد زوجي المقراض فلا منفعة له اصلا الا بضم غيره اليه مع القطع عن ذلك الغير لا يبقى انتفاع
قوله لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء ولنا ان يقال وجب ان يكون شرطا له ايضا لان الاجارة
عقود متجددة فهي كالعقد المتجدد في كل وقت لما ثم التبرع بتفريق الملك فيما بينهما طاري فان قيل قد مر في
كتاب الهبة انه لو وهب واحد من اثنين لا يجوز عند ابي ح لا وعللوه بفقد التملك لان الملك يثبت لكل
واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق التبرع هذا الفعلة
بينا بطريان التفرق في الملك يفرق في التمليك وبالتفرق فيه يتحقق التبرع فعلى هذا الاعتبار يكون
الاجارة من الاثنين اجارة النصف من كل واحد فيتحقق التبرع المفسد للاجارة قلت لنا ان الملك
اذا ثبت متفرقا يعتبر التفرق في التمليك ايضا الا انه في المعاوضات لا يمكن اعتبار التفرق في التمليك
لما فيه من الاضرار بالبائع او المؤجر فربما يكون الغرض بيع الكل او اجارته بصفقة واحدة لئلا يتوصل
الى التجزي اذ الاجرة بمرة فلو جعلنا العقد لاضر بالبائع وتوضيحه ان التمليك متحد بالنظر الى السبب
متفرق بالنظر الى الحكم فاعتبرنا جانب الاتحاد في المعاوضات وجانب التفرق في التبرعات
دم يعكس بجريان العادة ببعض الجذوع الردي في المعاوضات دون التبرعات قوله ولنا انه يصير
مبيعا عند الاجل كما في السلم يعني ان استاجرها بثياب يشترط فيه جميع شرائط السلم من بيان الاجل وبيان العقد والجنس
لان وجوب الثياب دينا في الذمة عرف شرعا بخلاف القياس والشرع انما ورد بطريق السلم فيشترط جميع شرائط السلم
كذا في الكافي وفيه اشارة الى ان المنفعة التي تستحق بعقد الاجارة تصلح راس مال السلم وانه مشكل لان المنفعة في حكم الدين
حتى لا يجوز اجارة السكنى بالسكنى لانه دين بدين وقد مر ان الدين لا يصلح راس مال السلم حتى لو اسلم على المسلم اليه
كان السلم باطلا قوله بمنزلة الصبغ في الثوب اي اذا استاجر صباغا ليصبغ ثوبه فان العقد هنا يقع على عين الصبغ
لا على عمل عين الصبغ كذا في الحاشية وقد يشكل بان العقد لو كان واقعا على العمل مقصودا وكان الصبغ تبعا كان
ينبغي ان لا يبقى للصباغ حبس الثوب للاجرة كما لو لم يكن للعمل اثر في العين لان المعقود عليه هو العمل والعين
يتبع بيعا والبيع لا يقابله شيء من البدل حتى يحبس لاستيفاء البدل ثم الملقي به قد ذكر فيما قبل ما يخالف المذكور هنا حيث
قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف
في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له حق الحبس فلا يتصور حبسه فليس
له ولاية الحبس هذا لفظه فهذا يدل على ان المعقود عليه هو الوصف القائم بالعين لا العمل نفسه قوله لان ما هو
من الاقوى على الشركة لا يتحقق ... قوله ... [illegible]

بنوع العمل فالخياطة ... بالنفس ... او اجرة ... وحمل من النفقة بنفسه ...

في النصف افرازا في النصف لان ما يملكه احدهما بنفسه كان له من الابتداء او بنفسه كان شريكه صار له بمقابلة

ما صار لشريكه مما كان له من النصف الآخر ومتى كان بعض اجزاء المشترك لاحد الشريكين وبعضها الآخر يحصل بعد

القسمة بينهما معاوضة في النصف افرازا في النصف لان ما يملكه احدهما بنفسه كان له من الابتداء او بنفسه كان شريكه

صار له بمقابلة ما صار لشريكه مما كما لو استاجر لحمل متاع له لحمل متاعه مع متاع نفسه لمرة وجوابه وان حمل ما

لشريكه من نصف الآخر فقد حمل نصفه ايضا لان ما يحمل من الاجزاء مشروط بحمل ما لصاحبه لان ما له شايع وحمل

الشايع لا يمكن الا بحمل الكل فكان لنفسه في حمل الكل حيث حمل نصيب شريكه ليصير حاملا لنصيبه فكان حمل

الكل له فكان الركن لا يحصل وهو حمل المستاجر لنفسه كانت باطلة والباطل لا يستحق الاجر فلا وفي ما اذا استوجر

لحمل متاع فحمله مع متاعه لان حمل متاع غيره ليس بشرط لحمل متاع نفسه لامكان حمل كل متاع بدون حمل

الآخر اما حمل ما له من المشترك فلا يمكن الا بحمل ما لصاحبه منه فكان يقع حمل الكل واقعا لنفسه اما حمل ما له

فظاهر وكذا حمل ما لصاحبه لتوقف حمل نصيبه على حمل نصيب صاحبه سلمنا انه في حمل نصيب صاحبه عامل لصاحبه

ايضا من حيث ان منفعته يرجع اليه ايضا من حيث ان حمل نصيبه يتوقف عليه فوجد ركن الاجارة من وجه

دون وجه والعقد لم يكن منعقدا وقد وقع الشك في الانعقاد فلا ينعقد بالشك قوله ولا يجاوز به

قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة على النقصان عن المسمى بل هو

دليل على قوله لا يجاوز به قفيزا فرع كانه بدل من قوله لانه لما فسدت في قوله لان المسمى غير معلوم ثمنه فلعله رغب

بنصف الحط لو وعلامته انه يبلغ بقيمته باجر مثله فلما ظهر انه اقل منه لم يستوف رضاه بالاقل منه ولا بد يوسع

لما رضي بنصف الحط مع علمه بان نصفه قد يكون اقل من اجر مثله فقد رضي بالنقصان ومن استاجر

رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد روى محمد عن ابي حنيفة انه اذا قال في اليوم يجوز كيف

ما كان لانه يقع في اليوم يظهر ان مراده من ذكر المدة الاستعجال لان في للظرف والمظروف قد يشغل جزءا من الظرف لا جميعه

فلم يصح ذكر اليوم مع حرف في تقدير العمل به كذا في المحيط قوله ويحمل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فرق بانه كما

يمكن تصحيح العقد بحمل اليوم للاستعجال بجعل تصحيحه بجعل اليوم للتاقيت وجعل قوله لتخبز هذه المخاتيم بيانا لنوع العمل

العمل الذي يستحق على اجير الواحد في المدة فان الاجارة في المدة لا تصح ما لم يبين نوع العمل الذي يستحق عليه

وقد مر في الكتاب الفرق وان طريق التصحيح اذا لم يتعين بطل التصحيح وجوابه ان الطريق المذكور في الكتاب

اليوم للتعجيل وايقاع العقد على العمل دون المدة اولى لما فيه من اعتبار السابق وهو العمل اذ هو المذكور اولا

في المسئلة فكان الطريق متعينا غير متعارض قوله ولان المعقود عليه مجهول فان قلت ذكر في الذخيرة والمغني انه اذا

جمع بين العمل والمدة وذكر العمل اولا لا يجوز ان يستاجر راعيا ليرعى له غنما مسماة بدرهم شهرا يعتبر اجير مشترك

واذا ذكر المدة اولا لا يجوز ان يستاجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة بدرهم يعتبر اجيرا وحدا في مسئلة المخاتيم

ذكر العمل اولا فينبغي ان يعتبر اجيرا مشتركا كما في مسئلة الرعي وكان في مسئلة الطرفين ما اذا قال استاجرتك

مسئلة ... ذكر العمل والوقت ... فان ... اجير وحد ... ولو كان ... اجيرا هو فيها ... انما ...

جعل

ذكر العمل اولا ... ولم يعتبر المسمى ... في النفس ...

اذا كان العمل مما يحتاج الى التقدير بالمدة كالرعي والارضاع اما اذا كان مما لا يحتاج اليه كحمل الجانيات او العمل الخياطة فالى التقدير بالمدة اذا ذكر اولا كان العقد عليه ثم ذكر المدة بعد ذلك

يحتمل ان يكون لايقاع العقد على المدة فيصير اجير وحد ويحتمل ان يكون لتقدير العمل الذي وقع العقد عليه

فلا يتغير اول الكلام بالاحتمال وذلك ان اول الكلام انما يبطل لو كان اذا كان بينهما تضاد ولا يمكن الجمع

نحو ان يجمع بين التعليق والاضافة فان المتاخر هناك يجعل ناسخا للمتقدم لتعذر الجمع بين الاضافة والتعليق

لاختلاف احكامها وعلى هذا قلنا لو كان ان نكحتك فانت طالق قبله بشهر فتزوجها بعد شهر لا تطلق واذا

انت طالق قبل ان اتزوجك بشهر اذا تزوجتك تطلق اما اذا امكن الجمع بين اول الكلام وآخره فلا بد من الجمع كما في

مسئلتنا فان ذكر المدة آخرا لا يغير حكم الاول لاحتمال ان يكون ذكرها لتقدير العمل لا لايقاع العقد عليه فلو

اول الكلام بالمحتمل الا اذا صرح في آخر الكلام بما هو حكم اجير الوحد بان يقول على ان لا ترعى غنم غيري واذا ذكر المدة اولا كان

واقعا على المدة ثم ذكر العمل بعد ذلك يحتمل ان يكون لايقاع العقد عليه وان يكون لبيان نوع العمل الذي يستحق

على الاجير في المدة فان الاجارة على المدة لا تصح ما لم يبين نوع العمل فلا يتغير اول الكلام باحتمال واما اذا كان العمل مما لا يحتاج

الى التقدير بالمدة بان يكون معلوما بنفسه فذكر المدة بعد ذكره لا يكون الا للتاقيت وايقاع العقد عليها والعمل ايضا

صالح لايقاع العقد عليه فيصير المعقود عليه مجهولا ثم الضابط ان العمل والوقت فلو تحقق اما ان كان العمل مما يصح افراد

العقد عليه بدون ذكر المدة او لا فان لم يكن فالعقد صحيح مطلقا غير انه ان ذكر العمل اولا فهو اجير مشترك وان

ذكر المدة اولا فهو اجير وحد اعتبارا للسابق وان كان فالعمل والوقت اذا ذكر فيه ذكر الاجر بان قال استاجرتك

لتخبز لي هذا القفيز من الدقيق بدرهم او قال استاجرتك اليوم لتخبز هذا القفيز بدرهم فالعقد فاسد اما اذا ذكر

احدهما من العمل او الوقت وذكر الاجر عقبه ثم ذكر الآخر بان قال استاجرتك اليوم بدرهم لتخبز لي هذا القفيز

جاز العقد لانه تام العقد بذكر المدة او العمل مع الاجر ثم ذكر الآخر كان ذكرا في غير حاجة اما للتعيين العمل او

التعجيل فلم يفسد بها اما الوجه الاول فقد جمع بين المدة والعمل قبل تمام العقد بذكر الاجر وقد صلح كل واحد منهما معقودا

بالاجر وليس احدهما اولى من الآخر فيفسد فان قلت يشكل الفرق بين مسئلة المخاتيم وبين ما اذا قال خط هذا الثوب اليوم

بدرهم فانه استيجار صحيح وذكر اليوم للتعجيل حتى لو خاط غدا يستحق الاجر المسمى على ما صرح به ان شاء الله

فكما جاز الاستيجار فيه بجعل اليوم للتعجيل فلتصح في مسئلة المخاتيم ايضا قلت ذكر في المحيط انه اذا وقع العقد

على اليوم وقال ان خطته اليوم فلك درهم فخاط في الغد لم يذكره محمد رحمه الله وكان ابو بكر البلخي يقول على قولهما

يستحق اجر المثل متى خاطه في الغد لان ذكر اليوم عندهما للاستعجال ولهذا صحت هذه الاجارة عندهما لان المستاجر

لما التزم الدرهم بازاء خياطة معجلة وقد اتى بخياطة وهي انقص من المعجلة فكان اتيانا بما امر به لكنه خالفه في صفته فكان له

ان نعطيه اجر المثل دون المسمى حتى يدفع عنه ضرر النقصان عن نفسه واما على قول ابي حنيفة رحمه الله فلقائل ان يقول

لا اجر له متى عمل في الغد لانه يجعل ذكر اليوم للتاقيت حالة الانفراد حتى قال بفساد هذه الاجارة لانها باعتبار

التوقيت ينعقد على منافع النفس وباعتبار ذكر العمل ينعقد على العمل فجهل المعقود عليه فباعتبار ان يكون العقد

على العمل لا اجر له في الغد ... في مسئلة المخاتيم ... فيعتبر العقد على العمل ... المتعارف ... النقود ... كما لو اختلف في مسئلة ... الخياطة ... فلو حاجة الى الفرق ثم ... يحتاج الى ... الفرق بين مسئلة المخاتيم

قال

يتغير

العقد

علی ما ذکر وبین ما اذا قال البنفرکم بنصح هذا الدفع لعمله البیع حیث لوبیع منه الزمان عینها وبعینها فوله ان مسئلة الفرع جیبهما ما ذکر لبیان فیه البیع صفحة العمل ام مفصحوه فما بعد ولیج النفع من صفحة البیع منفعته العمل منعقد علیه

المذکورة فی کتاب البیوع لم یذکر لاثبات صفة فی العمل بل تفصیحا کالعماد فذا اضیف الیهما العقد علی

ولیس احدهما وفی نفس المعقود علیه مجهولا **قه** ولنا ان الجنس بانفراده یحرم النسا فان قلت انما

حرم بیع الجنس نسا لان النفتخر من النسیئة فیتمکن فی العقد معنی الفصل وهنا لا فضل فالعدم فی الربا

علی نمط واحد قلنا نعم کذلک الا ان النص **له** اذا علل ثبت الحکم فی الفرع بعلته اما فی النص بعینه فلو رای

العلة وتعلق بعینه وهوانه لیس بدلیا بینا فان السویم قال اذا اختلف النوعان والکلام فی اتحاد الجنس وفیه انما ثبت

لرمة بالقیاس بعلة شبهة الفضل لا بالنص فان النص وارد فی الاموال الربویة والمنفعة لیست منها علی ما لا یخفی فلو حرمه

نهانت بالقیاس دون النص وسنذکران شاء الله وذلک ان المراد بالنوعان فی قوله اذا اختلف النوعان فبیعوا

شئتم النوعان متحدان. فنقول ان النوعان المختلفان قدرا لا یشترط فی بیعها التقابض والنص الوارد فی متحدی القدر

دون الجنس وارد فی متحدی الجنس دون القدر لا کلا منهما یشتمل علی شطر العلة واشتراط التقابض فی متحدی القدر لیس لا

لاشتماله علی شطر علة الربو المتحدان جنسا لا قدرا ایضا مشتمل علی شطر العلة فکان التقابض شرطا فیه ایضا وکان

النص الوارد فی متحدی القدر واردا فی متحدی الجنس دلالة لا قیاسا فیکون الحکم فی متحدی الجنس ثابتا بالنص کالحکم فی متحدی

القدر الا ان الحکم فی الاول بالدلالة وفی الثانی بالعبارة والثابت بالدلالة مضاف الی النص کالثابت بالعبارة ولا بطلب

فی الحکم الثابت بالنص عبارة او دلالة وجه معنی النص انما یطلب ومعناه فیما هو ثابت بالقیاس دون النص والورود

فی الاموال الربویة لا ینافی ثبوت الحکم بالدلالة فی غیرها وهذا الحکم ثابت بالنص فی الاموال الربویة هذا عند اختلاف الجنس

لا ستمالهما علی احد وصفی علة الربوا وهو القدر فیثبت هذا عند اختلاف الجنس دون الاموال الربویة کالتوبین دلالة

لا شتمالهما علی احد الوصفین ایضا والاوجه فی الجواب هو ما ذکره فی المبسوط والاسرار والفوائد الظهیریة ان فی اجارة

المنافع بالمنافع یعتبر المنافع التی لم یصحبها حرف الباء عینا بانه العین مقامها لضرورة ان المعاوضة لا بد

لها من حقیقة علیه حالة العقد فقام محل المنفعة مقام المنفعة فیما لم یصحبه حرف الباء فیکون عینا ولا

ضرورة فیما یصحبه حرف الباء لانه یجوز ان یکون غیر عین فلا ضرورة بنا الی اعتباره عینا فبقی عینا او

وحکما فعلی هذا التخریج یکون سکنی الدار بسکنی دار اخری بمنزلة بیع الجنس بجنسه نساء وذلک بط وهذا

کلام بعد محل نظر وذلک ان ما لم یصحبه حرف الباء لو کان عینا حقیقة لما دخل فی الاجارة شبهة

الفضل فلما کان عینا حکما لا حقیقة کان الشبهة بادلة والمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها وایضا عقد

الاجارة ابتداء یرد علی العین القائمة مقام المنفعة ثم ینتقل من العین الی المنفعة حسب وجودها شیئا فشیئا

قالوا ان الاجارة عقود متجددة فالنظر الی ما هی حالة العقد بالعین وبالنظر وقت وجود المنفعة مبادلة المنفعة

الموجودة بالموجودة فاما ما فلیس فیها مبادلة الجنس بالجنس مع نسیئة احدهما ونساء الاخر **قه** ولو حاجة

انما دالجنس لا یقال فیتحقق الحاجة عند اتحاد الجنس کما اذا کان سکنی زید فی قریة وله دار فی قریة اخری یسکنها

عمرو ولعمرو دار فی قریة یسکنها زید فاحتاج الی زید الی ان یسافر سکنی دار زید بسکنی دار له فی قریة یسکنها زید لانا

نقول لیست هذه الحاجة من النوادر فاعتبرت عدما **قه** بیعض ... جنبه الطعام ... ووضع الطعام ... الا فی الحمل کالحمل ... الاجارة للوضع جاز وفقلنا احمل الطعام ... المشترک ولنا انه لا یعمل اذ الحمل

فی ان التابع نفسه عن منفعته فلو سلمه ... مفصحا علیه ثم یمکن علمه فی ضمن امکان الحمل الکل فیعطیه ورفع الاجارة اذ الکل ضرورة ... النفع عامل النفع فی جملة ... المبیع عدم العلة البیع

ویجعل التسلیم لا یستحق الاجر بخلاف ما اذا جاز الدار المشترکة من احد الشریکین او وضع الطعام اذا وضع فی

التابع مملوک فی ضمن الکل کالسکنی فکذا استیجار العبد المشترک للخیاطة لو کان الخیاط النابع فی ضمن الکل ولا

مانع عن التسلیم اذ العمل کله یقع للمستأجر فیستحق الاجر **قه** بخلاف العبد لان المعقود علیه انما هو ملک صاحبه

اذا کان العبد اجیر وحده اذ المعقود علیه هنا هو المنفعة التی یملکها صاحبه دون الخیاطة اما اذا کان اجیر مشترک

فالعقد فیه علی الخیاطة دون المنفعة فالوجه ان ما هو ذکرنا من الفرق **قه** کما اذا اسقط الاجل المجهول قبل حصته

والخیار الزاید فی المدة قلت لا فائدة فی هذا القیاس لان زفر رحمه الله یخالفنا فی هاتین المسئلتین ایضا ویقول بعض البیع

الی الجواز اذا سقط الاجل المجهول قبل مضیه والخیار الزاید علی ثلثة ایام قبل مضی المدة کما انه تشبیه مجرد فضل بهذه التوضیح

لا قیاس حقیقة یمنع الحکم فی الاصل وکلام القوم مشحون بمثل هذا النوع من التشبیه **باب ضمان الاجیر قوله**

فالمشترک من لا یستحق الاجرة حتی یعمل قیل هذا تعریف بالحکم وهو فاسد لاستلزامه الدور فالاولی فی تعریفه ان یقال

المشترک من یکون العقد واردا علی عمله والخاص من یکون العقد واردا علی منافعه المعلومة بذکر المدة والمشافهة **قه**

والمتاع امانة فی یده المسئلة مختلفة بین الصحابة رضی الله تعالی عنهم فعمر وعلی کانا یضمنان الاجیر المشترک المتاع

علی یده وعلی انه کان لا یضمن القصار والصباغ ونحوهما ولاجل الاختلاف المشایخ اختار المتأخرون الفتوی

بالفتوی للصلح علی النصف فان قلت فی هذا الفتوی ترک لاقوال الصحابة لانهم اختلفوا علی قولین الضمان وعدمه

فالقول بنصف الضمان قول خارج عن القولین قلنا بل فیه عمل باقوالهم بقدر الامکان فان تقضی النصف حط النصف

بعد وجوب الکل وابقاء الوجوب النصف کما کان فکان فیه عمل بقول من یقول بالضمان وبقول من لم یقل به کذا فی الحاشیة

وهو المختار السغناقی فی الشرح وفیه جواب بان الفتوی الصلح علی نصف لیس باحداث للقول الثالث فانه انما

یکون قولا ثالثا ان لو حکموا بوجوب النصف ولم یقولوا بوجوب الکل ولا بعدم الوجوب ولیس کذلک بل الکل

اما واجب کما هو مذهبهما او غیر واجب کما هو مذهبه ولیس هنا قول غیر هذین القولین الا ان المتأخرین

اختاروا النصف للصلح قطعا للمنازعة وعملا بالقولین بقدر الامکان الا یری ان القاضی یأمر بالصلح

ولا یقضی وان طلبوا القضاء فلو کان ههنا قول صالح یقضی القاضی الا یمکن ان یقضی ایضا **قه** لان القبض

حصل باذنه یعنی الموجب للضمان اما القبض بجهة المعاوضة او القبض الغیر المأذون فیه وکلاهما منتف هنا

اما الاول فلان المعاوضة انما هی بین العمل والاجرة وکذا الثانی اذا القبض حصل باذنه **قه** والحفظ مستحق علیه

تبعا لا مقصودا الخ وحاصله ان الحفظ اذا استحق مقصودا وجب علیه المبالغة فی الحفظ فیضمن اذا وجد

منه نوع تقصیر بان هلک بسبب یمکن الاحتراز عنه واما اذا استحق تبعا یجب علیه نفس الحفظ

دون المبالغة فیه فلا یضمن بنوع تقصیر وانما یضمن اذا وجد ترک الحفظ بالکلیة اظهارا للتفرقة بین المستحق

مقصودا وبین المستحق ضمنا ثم یشکل بالودیعة اذا کانت بلا اجر فانها یضمن بترک الحفظ کما اذا دل السارق

علی الودیعة فسرقها فانه یضمن باعتبار ترک الحفظ لا باعتبار الدلالة اذ لا عبرة بالسبب المحض مع امکان

اضافة الحکم الی العلة فاذا کانت السرقة من الدار والغصب من الید تقصیرا وترکا للحفظ لزم ان یضمن

بر المودع بلا اجر بتزیة فلو اخذ بخلاف التقصیر لم ... وجه فی المسئلة بین ... الضمان

وإن كان ما فعله من فعل الوديعة قطع الأجير بعمله فافترقا قوله ولنا أن الداخل تحت العقد هو العمل المصلح وقد يشكل
الفرق بين هذا وبين ما إذا استأجر الفصاد للفصد فمات من ذلك فإنه لا يضمن فلو كان الداخل تحت العقد
هو المصلح وجب أن يضمن بالسراية والفرق مذكور في الكتاب وهو أن الداخل تحت العقد إنما يتقيد بالمصلح
إذا لم يكن التقييد به بأن أمكن الاحتراز عن الفساد كما في مسألة تخريق الثوب فإن التحرز إنما يكون بشيء في
دق الثوب ولا دقة فيه أو لمدة في الدقة وكل ذلك مما يمكن الوقوف عليه بالتأمل أما السراية فلضعف الطبيعة
عن دفع أثر الجرح فلا طريق للوقوف عليه بحال فلا يمكن التقييد بالسلامة عنها فبقي الداخل تحت العقد
مطلق العمل مصلحاً كان أو مفسداً ثم قد يشكل الفرق بين الأجير المشترك والجلاد من حيث أن الجلاد
لو خرجه من جلده لا يضمن في الصحيح وإن كان مأذوناً في الضرب دون الجرح والاحتراز عن الجراحة
مما فيه وسعه وإنما لا يضمن كيلا يمتنع الناس عن إقامة الجلد مخافة الغرامة هكذا علله المصنف رحمه الله تعالى
في الحدود والأجير المشترك يضمن ما تلف من عمله المعتاد مع لزوم المحذور المذكور في الجلاد إذ لو ضمن الأجير عمله
لمعنا لامتنع الناس عن قبول عقد الإجارة مخافة الغرامة وجوابه أن مخافة الغرامة وإن كان مانعاً
قطع الإجارة حامل فافترقا قوله وهو المعقود عليه حقيقة لو قال المعقود عليه اعتباراً إذ لو قال وهو
المقصود بالعقد لكان أولى لما وقع التصريح به فيما كان في مسألة وكل صانع لعمله أثر في العين فله أن
يحبس إلى أن يستوفي البدل حيث قال ولنا أن المعقود عليه حقيقة وإن كان هو العمل ولكن صار
الأوصاف المعقود وصف في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل لهذا اللفظ وهو تصريح بأن المعقود عليه
حقيقة هو العمل دون الأثر وإلى هذا أشار المصنف رحمه الله تعالى في مسألة استئجار الطباخ حيث قال في العقد
يقع على المنافع واللحم يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ ففي قوله بمنزلة الصبغ إشارة إلى ما قلنا
أن المعقود عليه هو العمل والصبغ يستحق تبعاً فقوله وهو المعقود عليه حقيقة لا يخلو عن نوع تأمل
فكأنه أراد بالحقيقة فيما مر الظاهر وههنا المقصود ودفع المنافع بعد ذلك ظاهر حوله حصل
بفعل الغير عن الأجر وقد يقال وجوب الأجر بفعل الغير لا ينتهض دليلاً على كون المعقود عليه حقيقة
هو الأثر لما عرف في صورة إطلاق العمل المستحق هو عمل في الذمة لا في محل بعينه والمستحق في الذمة
يتحقق إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره وكان استحقاق الأجر بفعل الغير باعتبار إيفاء العمل
المستحق في الذمة لا باعتبار أن المعقود عليه حقيقة هو الأثر نعم لو كان الأجر يجب بفعل الغير فيما إذا
اشترط على الصانع أن يعمل بنفسه لكان دليلاً بخلاف على ما مر قوله ولهذا يجب على العاقلة
وقد يقال ضمان الآدمي قد يجب على العاقلة وقد يقتصر على الجاني فإن العاقلة لا تعقل عبداً ولا عمداً
ولا صلحاً ولا اعترافاً ويجب الضمان في كل ذلك على الجاني فجاز أن يجب بالعقد ويقتصر على الجاني
فوجوب الضمان على العاقلة لا يصلح دليلاً على عدم الوجوب بالعقد الذي يتعذر الإيجاب على العاقلة
نعم لو كان الوجوب مقتصراً على العاقلة دليلاً عليه ولكن الأمر بخلافه وجوابه أن ضمان الآدمي لو
كان لا يقتصر على العاقلة بل ربما يجب على الجاني أيضاً فضمانه الذي يجب بالعهد أو بالسراية أو
مد السفينة لا على العاقلة اتفاقاً ولا يجب بالعقد لا يجب عليهم فكان الضمان ههنا على تقدير وجوبه
ضمان فعل لا عقد والفعل هنا لا يصلح للضمان لكونه إعانة قوله لأن الفعل إنما يجعل إعانة إذا كان
بالإذن والداخل تحت الإذن هنا ما هو الداخل تحت العقد هو العمل والمصالح على ما مر فغير المصلح

ليس

ليس بداخل تحت العقد فلا يكون مأذوناً فبقي صاحبه مقتصراً فيكون الضمان بالجناية والأجير يضرب
وبالجملة أن ما مر من قوله أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد إلى أشار أن الضمان
على الأجير المشترك إنما يجب إذا بلغت العين بعمله لأنه ليس بمأذون في العمل المفسد فكان ضمانه
جناية لا ضمان عقد كيف وأنه مضمون بالعمل المفسد الذي لم يتناوله العقد فما هو الموجب للضمان من
العمل المفسد فهو غير داخل تحت العقد حتى يضاف ضمانه إلى العقد وما دخل في العقد من العمل المصلح
فهو غير موجب للضمان فحمل هذا الضمان بالعقد دون الجناية يحتاج إلى مزيد تأمل وجوابه
أن العمل إنما اعتبر مفسداً باعتبار عقد الإجارة ولهذا فإن التبرع لم يعتبر مفسداً في حق المتبرع
مخافة امتناع الناس عن قبول هذه الأمانة وأما الأجير فلا يمتنع عن هذا العمل لأن طمع الأجر
يحمله عليه فكان الضمان مضافاً إلى العقد لولاه لم يكن مضموناً إذا تلف بعمله فلا يكون محالاً
يضمن بالعقد لأن ضمانه على خلاف القياس إذ لا مماثلة بين الآدمي المكرم والمال المهان لكنه
عرف الضمان بالجناية بخلاف القياس قوله وهذا القياس في المال وإن وقع جناية
لكن باعتبار العقد لولاه لم يعتبر جناية فكان ضمانه ضمان عقد لا ضمان جناية قوله
نزع في بعض الطريق فإنه إنما قيد ببعض الطريق لأنه إذا انتزع بعد ما انتهى إلى المكان المشروط ثم
هلك من جناية به فلا ضمان عليه وله الأجر كذا نقل عن الإمام صاعد النيسابوري قوله وإن لم
يتجاوز الموضع المعتاد فيه إشارة إلى أنه لو تجاوز كان عليه الضمان حتى أن الختان لو
ختن فقطع الحشفة ينظر إن برأ فعليه كمال دية النفس وإن مات فعليه نصف بدل النفس
فإن قلت من أعجب المسائل إذ هو مخالف لجميع مسائل الديات فإنه كلما ازداد أثر جنايته
ينقص ضمانه والقياس يقتضي أن يزداد ضمانه أينما ازداد أثر جنايته قلت إنه لما برأ
كان عليه ضمان الحشفة وهو عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيقدر بدله ببدل النفس
كما في قطع اللسان أما إذا مات فقد تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع
الجلدة والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة وكان ضامناً نصف بدل النفس كذا في
الشرح قوله لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه في المدة صارت مستحقة له والأجر
مقابل بالمنافع وهذا لا ينافي فيما إذا قال الأب للصغير للظئر استأجرتك سنة لترضعي ولدي
هذا بكذا فإنها في هذه الصورة أجير وحد على ما صرح به في الذخيرة مع ذلك إن أخذها العمل لغيره
حتى لو أجرت نفسها من قوم آخرين ولم يعلم بذلك أهلها الأولى حتى يضمنوا الإجارة
فأرضعت كل واحد وفرغت قبلها الأجر على الفريقين والله أعلم بالصواب باب
الإجارة على أحد الشرطين قوله ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غداً فبنصف
درهم فإن خاطه اليوم فله درهم وإن خاطه غداً فله أجر مثله وقد يحتاج إلى الفرق بين
صورة الإجارة المذكورة وبين صورة الصلح وهي أنه إذا كان عليه ألف درهم فصالحه
منها على مائة درهم إن أعطاه إلى شهر وإن لم يعطها إلى شهر فبالباقي ألف درهم وهذا لا يجوز

وان كان هذا الصلح خطأ لان المحطوط مجهول وهو تسعمائة او الف او مائة الى شهر ولم يقل الى شهر فالمحطوط ثمانمائة وجهالة المحطوط يمنع صحة الحطة **قوله** غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع المنازعة الا باثبات الخيار اي خيار التعيين فان قلت ان المنازعة ان كانت لا يتحقق في تسليم الاجر يوجد اثر الاختيار التعيين فهي متحققة في تسليم الدار فالمشتري يطالب بتسليم هذه والبائع بتسليم غيره قلت بانه لما كان المستاجر احد الدارين كان للمستاجر ان يطالب بتسليم احدهما غير معين وذلك انما يتحقق بتسليم الدارين كتسليم المتاع لا يتحقق الا بتسليم الكل وكذا يجب على البائع تسليم الدارين جميعا كما يجب تسليم الكل في المتاع وحين كان المستحق على الموجر تسليم الدارين لا يتحقق المنازعة في تسليم الاجر ايضا لانه يجب عند استيفاء المنفعة واستيفاؤها انما يكون من دار بعينه وعند ذلك يتعين المعقود عليه فيتعين الاجر ايضا بخلاف البيع لان الواجب فيه وان كان هو تسليم الكل لكن لا يمكنه المطالبة عند احضار الكل للتسليم لان الكل ليس بمعقود عليه ولا يمكنه ان يطالب ايضا بثمن احدهما غير معين اما عند تفاوت الثمنين فظاهر وكذا عند الاتحاد لان حق المشتري لم يتعين بعد في المبيع فلا يتعين حق البائع في الثمن فبالضرورة يطالب بتسليم ثمن احدهما عينا وانما عين فللمشتري ان يخالفه ويعين غيره واما اذا اشترط خيار التعيين لاحدهما فالمعقود عليه في الحقيقة هو ما يتعين باختيار من له الخيار ويكون البيع معلقا على التعيين فلا يجب الثمن قبل التعيين فلا يفضي الى المنازعة **قوله** ولهما ان ذكر اليوم للتأقيت فان قلت فيجعلوا ذكر اليوم في مسئلة الخاتم للاستعجال فيما بالاتمام ان يجعلوا كذلك هنا قلت هناك حملوا على المجاز تصحيحا للعقد وهاهنا حملوا على الحقيقة للتصحيح فان قلت في حمله للتأقيت ايضا فساد وهو ان التأقيت يوذن بكون الاجير اجير وحد وذكر العمل بانه اجير مشترك قلت يجعل اليوم للوقت ولكن لا يجعل اجير وحد وتجعل الخياطة في هذا اليوم مع الخياطة في الغد بمنزلة نوعين مختلفين كما لا يستحق التصحيح عندهما اما بجعل الوقت للتعجيل او بايقاع العقد على العمل كما في مسئلة الخاتم فيكون اجيرا مشتركا واما بجعل العقد واقعا على المدة وذكر العمل لبيان نوع العمل الذي يستحق على اجير الوحد في المدة كما في مسئلة الخياطة غير انه لم يصح هاهنا بجعل الوقت للاستعجال كما في مسئلة الخاتم قلت قد ذكرنا وجهه هناك فليرجع لما فيه من فساد العقد فينبغي التصحيح بهذا الطريق فان قلت لم لم يصحح العقد بهذا الطريق في مسئلة الخاتم قلت قد ذكرنا وجهه هنا فليرجع اليه فعلى هذا التحقيق كان الاجر في مسئلة الخياطة عندهما اجر وحد كما هو مقتضى التوقيت ثم ذكر في الشاهان لا يخرج عن نوع نظرا الى ان الخياطة في اليوم مع الخياطة في الغد انما يكون بمنزلة نوعين مختلفين ان لو جعل ذكر اليوم للاستعجال دون التأقيت اذ التعجيل والتأخير كل واحد منهما مقصود فينزل منزلة اختلاف النوعين على ما ذكر المص رحمه الله تعالى في التعليل الثاني اما لو جعل الوقت للتأقيت فلا يكون التعجيل مقصودا حتى يجعل الخياطة معجلة نوعا والمؤجلة نوعا آخر

قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لانه فيه فساد العقد وفيه بحث لما اقول لان ذكر اليوم قد حمل على التأقيت في مسئلة الخاتم وهو ما اذا استاجر خاتما ليتخذ له هذا الخاتم اليوم بدرهم مع ان في حمله على التأقيت دون التعجيل ايضا فساد العقد في اليوم الثاني **قوله** ان هذا التعليل من الجانبين كانه خرج على مذهبهما على زعمهما فانهما لم يجوزا حمل اليوم على التأقيت اذا كان فيه فساد العقد على ما عرف من مذهبهما في مسئلة الخاتم ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين هذه المسئلة ومسئلة الخاتم هو ان ذكر اليوم للتأقيت حقيقة فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وفي هذه المسئلة قام الدليل عليه وهو نقصان الاجر للتأخير حقيقة فيحمل عليه فصار التعجيل مرادا بهذه القرينة ولا دليل عليه في مسئلة الخاتم فكان التأقيت مرادا فيفسد العقد باعتبار ذكر العمل والوقت المفضي الى جهالة المعقود عليه **قوله** لا يجاوز به نصف درهم اي لا يزاد اجر المثل على نصف درهم وينقص عنه لانه المسمى في اليوم الثاني لا يبطل التسمية او لجهالته في اليوم الثاني عنده لان اعتبار المصرح اولى من غيره والمصرح فيه هو نصف درهم لا درهم **قوله** ويعتبر التسمية في الثاني لمنع النقصان وقد تبطل التسمية في الاجارة الفاسدة ليست بمعتبرة لمنع النقصان وان كانت قد اعتبرت لمنع الزيادة لما مر ان الواجب في الاجارة الفاسدة الاقل من المسمى واجر المثل اي لو زاد اجر المثل على المسمى لم يجب الزيادة ولو انتقص عن المسمى وجب النقصان **قوله** وتتمة تحقيقه فان خاط في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فالزيادة عليه اولى ما بعد الغد وفي فحوى الجامع الصغير ما يدل على انه اراد بالغد ما بعد اليوم الاول فيتناول الغد وما بعده من الايام فيكون الاجارة فاسدة فيما بعد الغد كما هي فاسدة فيه لاحتمال التسميتين فيما بعد اليوم الاول من الايام فيفسد فان خاطه في اليوم الثالث وجب اجر المثل لا يزاد على نصف درهم لانه المسمى المصرح فيه والحكم في الاجارة الفاسدة وجوب اجر المثل لا يزاد على المسمى وينقص منه فعلم ان الواجب بالخياطة في اليوم الثالث ما هو الواجب بالخياطة في اليوم الثاني وهو انه لا يزاد على نصف درهم وفي الكافي والصحيح عندهما انه لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه وهو مشكل اما اولا فلان الاجارة فيما بعد الغد ان كانت صحيحة بان يراد بالغد ما بعد اليوم الاول لزم ان يجب المسمى كما في الغد اذ الواجب في الاجارة الصحيحة هو المسمى وان كان المراد بالغد عندهما حقيقة لزم ان تنتهي الاجارة بمضي الغد فينبغي ان لا يلزم بالخياطة فيما بعد الغد شيء لانه خاط متبرعا فاما ان يكون الواجب بالخياطة في اليوم الثالث عندهما ما هو الواجب في الاجارة الفاسدة فمشكل واما ثانيا فلانا وايضا وقد ذكرنا ان الواجب عند ابي حنيفة رحمه الله بالخياطة في اليوم الثالث ايضا هو اجر المثل لا يزاد على نصف درهم وينقص عنه اذ الاجارة فيما بعد الغد فاسدة عنده كما في الغد فيكون حكمهما واحدا فلا وجه لبيان الاختلاف بين ابي حنيفة رحمه الله وصاحبيه على الوجه المذكور

باب اجارة العبد

قوله ليس له ان يسافر الا ان يشترط ذلك وقد يشكل الفرق بين العبد المستاجر للخدمة والعبد الصالح على حد منه من جنايته للمدعي ان يخرج العبد الى السفر وليس للمستاجر ذلك

ونظيره في باب الاجارات مؤنة الرد على الاجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه
يقرر حمة في الاجر والمستاجر اذا سافر بالعبد فهو يريد ان يلزم الاجر ما لم يلتزمه من مؤنة الرد واما في
الصلح فمؤنة الرد ليس على المدعى عليه لانه يزعم انه لا يملك الخدمة بعين شيء فهو كما لو صولح بالخدمة مؤنة
الرد عليه دون الوارث فالمدعي باخراجه الى اهله يلتزم مؤنة الرد ولا يلزم المدعى عليه شيئا وفيه
نظر لان مؤنة الرد وان كان لا يلزم المدعى عليه فلا يخفى ان خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة فلا
ينتظمها اطلاق عقد الصلح وان التفاوت بين الخدمتين ظ فاذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره
داخلا في العقد فهذا التعليل مع انه يقتضي ان الحكم في مسئلة الصلح والحكم في الاجارة وما ذكر من عدم لزوم مؤنة الرد
على المدعى عليه فذا لا يقتضي ان لا يثبت فيه حكم الاجارة لعلة تعرف على ان الفرق لا يتم فيما اذا كان الصلح على الخدمة
مع الوارث لرواية الكافي ان خدمة السفر هل دخلت تحت اطلاق عقد الصلح ام لا فان دخلت كان لزوم المؤنة على المالك
بالتزامه كالزوجة على المودع اذا سافر المودع بالوديعة ولا ينبغي ان لا يصح وان لم يكن هناك مؤنة الرد
على ان الكلام في ان هو داخل تحت العقد دون غيره وقيل تاويل مسئلة الصلح ان اهل المدعي اذا كان في بعض
القرى القريبة من المصر والمدعى عليه يعلم ذلك او كان هو على جناح السفر والرجوع وقد علم ذلك المدعى عليه فيكون
راضيا باخراجه الى السفر لان الانسان يستخدم العبد في اهله وتاويل مسئلة الاجارة انه اذا لم يكن معلوما
للاجر عند عقد الاجارة فلا يكون هو راضيا باخراج العبد وتكليفه مشقة السفر لان الخدمة في السفر
اشق منه في الحضر فعلى هذا مسئلتنا الصلح والاجارة على الرواية فلا يحتاج الى الفرق قوله والقياس ان لا يجوز
اي اذا القياس يقتضي عدم جواز اخذ الاجر للمستاجر والاستحسان عدم جوازه كما يجيء ذلك في وجه الاستحسان
الاجارات ولفظ الكافي في هذا قوله والقياس ان لا يجوز للمستاجر ان ياخذ منه شيئا كتاب وكان ينبغي ان يقال
والقياس ان يجوز للمستاجر ان ياخذه بطرح لا وهكذا رايت في بعض نسخ الكافي وهو الصحيح من النسخ
او يقال والقياس ان لا يجوز اي الاجارة والمستاجر ان ياخذه منه الخ قوله ومن استاجر عبدا هذين الشهرين
شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد
عملا بالجواز ونظرا الى الحاجة قلت التعليل لا يوافق وضع المسئلة لانه وضعها في الشهرين المعلومين المشار
اليهما بقوله هذين الشهرين فيتعينان بالاشارة التي هي ابلغ وجوه التعريف لا بانصراف الاول الى ما يلي العقد
عملا بالجواز ونظرا الى الحاجة فان التعيين بالتاويل انما يحتاج اليه اذا لم يكن متعينا بالاشارة و
وعن هذا وضع المسئلة في الكافي في الشهرين المنكرين حيث قال استاجر عبدا شهرين شهرا باربعة وشهرا
بخمسة ثم علل بما ذكر في الكتاب وقيل في بعض الشروح يحتمل ان يحمل قوله هذين على ما اذا قال الموجر هذا
العبد شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستاجر استاجرت هذا العبد هذين الشهرين فينصرف هذين الشهرين الى الشهرين المنكرين
اللذين دخلا تحت ايجاب الموجر فينبغي ان يصلح التعليل قلت لو كان كذلك كان على المستاجر ان يكتفي بقوله
استاجرت هذين الشهرين اذ لا وجه للتفصيل بقوله شهرا باربعة وشهرا بخمسة اذا المشار اليه بقوله هذين الشهرين
الشهر الذي اجره الموجر باربعة والشهر الذي اجر بخمسة قوله والجواب عن استحسانها ان الظ للدفع والحاجة الى
الاستحسان لا يبقى للاستحسان [illegible] والله اعلم
[illegible]

من قوله ولو استاجر دارا سنة ولم يبين ما يعمل فيها جاز والقياس ان لا يجوز لان المقصود من الدار الانتفاع
والانتفاع قد يكون من حيث السكنى وقد يكون من حيث وضع الامتعة فينبغي ان لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك
وجه الاستحسان ان المقصود معلوم بالعرف وهو السكنى فينصرف اليه لان المعلوم عرفا كالمشروط نصا قوله الا
والاصل ان من جرت عادته بقبول الاجرة منه متعارف فالمتعارف كالمشروط قوله لانه لو انكر شيئا لو اقر به
لزمه هذا على اصل ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو ان النكول اقرار مستقيم واما على اصل ابي حنيفة رحمه
وهو ان النكول بذل فلا يحلف عنده مما لا يجري فيه البذل كما عرف في موضعه وايضا الوكيل اذا انكر
لا يحلف مع انه انكر شيئا لو اقر به لزمه لانه لا يملك الاقرار باب فسخ الاجارة فان وجد عيبا حادثا قبل القبض فات
وضع المسئلة في العيب الموجود قبل القبض والتسليم فلا حاجة الى اثباته بالدليل قلت المنع بالفسخ مطلقة
معناه وجد عيبا سواء كان حادثا بعد تسليم الدار او قبله اما اذا كان قبله فظاهر لانه حادث قبل القبض
وكذا اذا كان حادثا بعد تسليمها لان المعقود عليه انما يكون مقبوضا بالحقيقة اذا استوفى المنفعة
لانها هي المعقود عليها فكان العيب الحادث بعد تسليم الدار كالحادث قبل تسليمها من حيث كونه حادثا
قبل قبض المعقود عليه قوله واذا انقطع شرب الضيعة في المضمرات استاجر ارضا فانقطع الماء اذا كانت الارض
تشرب بالمطر فلا اجر عليه لانه لم يتمكن من الانتفاع كذا في الذخيرة ولو زرعها المستاجر فاصاب الزرع افة
او غرق ولم ينبت فعليه الاجر كاملا لانه زرع قوله ابن رستم عن محمد رحمه وروى هشام عنه رجل استاجر
ارضا فانقطع ماؤها قبل فلا ان يخاصم الاجر حتى يفسخ القاضي العقد وبعد فسخه تركا الارض في يد
المستاجر باجر حتى يدرك الزرع فان سقى زرعه لا يكون له حق الفسخ بعد ذلك وكان في ذلك رضا
والفتوى في مسئلة هلاك الزرع لانه لا اجر على المستاجر فيما بقي من المدة بعد هلاكه الا اذا تمكن
من عادة زرع مثله او دونه الضرب بالارض فان قلت ما شبه الاباق بالمبيع فانه لا يوجب انفساخ العقد وكذا اباق
العبد المستاجر لا يوجب انفساخ العقد فلو قال مكان ما شبه الاباق بالمبيع ما شبه اباق العبد المستاجر لكان اظهر
قلت اذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لو قال كل من وقع له عقد الاجارة
اما اذا مات تنفسخ الاجارة كما قال في الذخيرة لكان اولى لانه كما تنفسخ الاجارة بموت احد المتعاقدين
اذا عقد لنفسه تنفسخ بموت غيرهما ايضا وهو الموكل وما في الذخيرة يتناول ما اذا مات الموكل ايضا لانه مما وقع العقد له
قوله لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد قوله لغير العاقد متعلق بقوله لها وقوله بالعقد اما متعلق بقوله
المملوكة او بقوله مستحقة وقد يشكل الفرق بين من وقع العقد له وبين عتاق العبد المستاجر فان في الاعتاق
لا يبطل الاجارة بل يثبت للعبد الخيار ان المولى اجره وان الموجر هو العبد لنفسه فلا خيار له مع انه بعد الاعتاق
تحدث المنافع على ملك العبد كما انها بالموت تحدث على ملك الوارث فكما يلزم في الموت
ان تصير المنفعة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد فكذلك في صورة الاعتاق هذا الاشكال
ذكر في الكافي نقلا عن الهداية في مسئلة اعتاق الراهن العبد المرهون ان الاجارة باعتاق المستاجر
تبطل مثل بطلانه بالموت قلنا ان نمنع قوله ولو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجر المملوكة

بغير العاقد يستحقه بالعقد قلت هذا في المنفعة مستقيم لانها بعد الموت تحدث على ملك الوارث اما في حق
الاجرة فمشكل لانه لو بقي العقد بموت المستاجر لكانت الاجرة دينا عليه وتركة الميت بقدر ما يقضي
دينه باق على ملكه فلا يلزم منه استحقاق الاجرة المملوكة لغير العاقد بالعقد كما لا يلزم استحقاق الثمن المملوك لغير
العاقد بالعقد فيما اذا اشترى شيئا ثم مات قبل نقد الثمن حيث يوخذ الثمن من تركته الباقية على حكم ملكه فيما يقضي به
حوائجه فكذا الاجرة على تقدير بقاء الاجارة وفي الكافي اما اذا مات المستاجر فلو ابقي العقد بعد موته انما
يبقى على ان يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث اذ الوراثة خلافة فلا يتصور الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك
المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث في الثاني والمنفعة الموجودة في صورة موت المستاجر
لا تورث والتي تحدث بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود واذا انتفى
الارث تعين بطلان العقد فيه كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان الوراثة لا تجري فيه هذا كلامه وفيه نظر اذ الخلافة
لا تقتضي ثبوت الملك اولا للاصل ثم للخليفة بل انعقاد السبب للاصل يكفي كما في استحقاق الارث ان المولى يخلف
العبد في ملك ما اتهب واصطاد مع ان الملك لا يثبت للعبد اولا بل يثبت ابتداء للمولى لعدم اهلية العبد
للملك وكذا الموكل يخلف الوكيل في ملك ما اشتراه لاجله مع ان الملك يثبت للموكل ابتداء في الصحيح وكذا القصاص خلف صح
يثبت للوارث بقتل مورثه ابتداء لا انه يثبت للمورث ثم ينتقل منه الى الوارث فعلم ان الخلافة في الشيء لا يستدعي
ثبوته للاصل اولا بل يكفيه ثبوت السبب للاصل قوله لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بيان له لو كان الخيار
بثبوت بعضه لا يقال هذا غير مطرد في الاجارة المضافة بان يقال في رجب اجرت منك هذا العبد
في رمضان فانه جائز مع امكان رد المعقود عليه لو كان العقد بشرط الخيار للمستاجر لان جواز الاجارة المضافة
مذهبنا فاما الشافعي رحمه الله فلا يجوز الاجارة المضافة فيطرد التعليل على اصله قوله فسخ القاضي العقد
وباعها في الدين اي نفذ بيعها لقضاء الدين وذلك ان طريق القضاء على ما ذكر في الكافي هو ان يبيع المؤجر
الدار اولا فاذا باع وهو لا يقدر على التسليم لتعلق حق المستاجر فالمشتري يرفع الامر الى القاضي ويطلب
فسخ البيع او تسليم الدار اليه فالقاضي يقضي بالبيع فينعقد البيع وينتقض الاجارة وانما لا ينقض القاضي الاجارة قصدا
لانه لو نقضها قصدا ربما لا يتفق البيع فيكون النقض ابطالا لحق المستاجر قصدا وانه لا يجوز هذا كلامه
فلا بد ان يأول في قوله وباعها قوله لما انه قد لا يصدق على عدم مال آخر فيه جواب ما يقال ينبغي ان
لا يحبس القاضي اذا تعلق بما له حق المستاجر بل تاخير الحبس الى نقض الاجارة وتقرير الجواب ان القاضي
لا يصدقه في ان لا وفاء له الا من ثمن المستاجر فيحبسه لهذا وفيه نظر اذ الفسخ بالعذر لا يثبت الا بالتراضي
او بقضاء القاضي على رواية الزيادات وهو الاصح فاذا كان القاضي لا يصدقه في ان لا وفاء له الا من ثمن المستاجر
كيف يقضي بفسخ الاجارة وفسخها لا يكون الا بعد التصديق فيه اذ الفسخ يستدعي العذر والعذر
انما يتحقق اذا لم يكن له وفاء بالدين الا من ثمن المستاجر قوله وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد
من الزام القاضي يشكل بخيار العتاق فانه مجتهد فيه اذا كان الزوج حرا حيث لا خيار
لها عند الشافعي رحمه الله اذا كان الزوج حرا مع ذلك لا يحتاج الى القاضي كتاب

كتاب المكاتب

اورده بعد الاجارة لمناسبة بينهما من حيث ان فيه الدار في ابتداء عقد الاجارة
يحصل اصلا ثم ينتقل منها الى المنفعة وهي المطلوبة آخرا وكذا في الكتابة يحصل الفك في حق اليد والتصرف
اصلا في ابتداء العقد ثم عند الاداء يحصل العتق اصلا فينتقل من فك اليد وفك الحجر الى العتق وقال الشارح
اورده بعد الاجارة لمناسبة ان كلا منهما يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال وقدم الاجارة لانها اشبه
بالبيع من حيث التمليك والشرائط وفيه نوع ضعف لما ذكر في غير موضع ان المنافع في باب الاجارة
لها حكم المال من كل وجه الا ترى ان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بدلا عن المنافع كما يثبت في الكتابة
والنكاح ولان المنافع تصلح مهرا في النكاح ولم يشرع النكاح الا بالابتغاء بالمال فيكون الاجارة مما يستفاد
المال بمقابلة المال لا كذلك الكتابة فلا يكون الكتابة نظير الاجارة بل نظير النكاح والى هذا اشار المصنف
رحمه الله قبيل فصل واذا اشترى المكاتب اباه حيث قال لانه اي تزوج الامة مبادلة المال بغير المال فيعتبر
بالكتابة دون الاجارة اذ هي اي الاجارة مبادلة المال بالمال وبهذا علم ان الكتابة كالنكاح دون
الاجارة ثم قالوا ركن الكتابة الايجاب والقبول قلت يشكل بالمملوك على سبيل بلا ايجاب وقبول
ام ولد النصراني اذا اسلمت صارت مكاتبة تسعى في قيمتها وتعتق باداءها على ما مر وكذا معتق البعض
فلو كان ركنها الايجاب والقبول لم يتحقق بدونهما لاستحالة دخول الشيء بلا ركنه فكانهم جعلوا الايجاب
والقبول ركنين للكتابة التي يحتمل الفسخ بالتعجيز وكذا الكتابة معتق البعض ويقال بان الايجاب والقبول
فيهما موجودان حكما كما يلزم البيع لمن اصابته المخمصة فبذل له انسان طعاما بثمن المثل ثم من محل
المكاتب ان يكون احد الشخصين مكاتبا لصاحبه وصاحبه مكاتبا له وصورته مجهول النسب اشترى مكاتبا فاقر
وصار هو مع مكاتبه ملكا لمكاتبه لانه اذا اقر انه ملك المكاتب فقد اقر بانه ملك المكاتبة وبقيت
تعلق عتق كل واحد منهما بالاداء الى صاحبه لان اقرار المجهول لا يتعدى الى ابطال حق غيره فان اديا
او حل النجمان معا ووقعت المقاصة عتقا ولا ولاء لاحدهما على الآخر لان الولاء انما يثبت بالعتق وكل
واحد منهما ليس باهل للولاء حال عتق صاحبه لمكان الرق وان تقدم احدهما فهو مولى للآخر ولا ولاء عليه
وان عجزا معا عتقت وملكتها وان سبق عجز احدهما عتق الآخر وملكه قوله فحمل على الاباحة الغاء
للشرط لان صيغة الشرط للتعليق لا يستقيم التعليق الا ان يكون المعلق معدوما على خطر الوجود
وليس له التعليق الموجود واباحة الكتابة مطلقا كانت حكما مستقرا في الشرع فلا يصح تعليقه
على العلم بالخير فحمل على الاباحة الغاء الشرط عن معناه وهو تعليق معدوم على خطر الوجود قلت
كتاب الله تعالى مشحون بالشروط الواقعة على وفاق العادة ايجابا ولا بالمنع فان كل شرط ترى
انه واقع على الوفاق فهو اما مصروف عن ظاهره كقوله ان كنتم على سفر اذ المعلق ههنا والله اعلم
هو الاهتمام بالرهان عند السفر اي كنتم في السفر فاهتموا بالرهان اكثر مما تهتمون به في الحضر واما محمول
على ان المعلق كان معدوما عند التعليق ثم صار موجودا في الشرع قبل الشرط ... وثانيا بالزام
ان الغاء الشرط عن معناه لا يجوز الا عند التعذر ههنا يمكن الحمل على الاستحباب فحمل على الاباحة الغاء
الشرط م

لانتفاء النصف اذ بهذا الاقرار ... صح ... الانوار

عن معناه الاصلي بلا ضرورة فلا يجوز الحمل عليه اما اذا مست الضرورة اليه كما في قوله تعالى وان كنتم على سفر
ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة ومن لم يستطع منكم طولا الاية فحينئذ يجوز العدول عن معناه الاصلي وحمله على
ما هو العادة ثم قوله ومعنى الحمل على الاباحة الخ اشارة الى ان صيغة الشرط يقتضي ان يكون المعلق
معدوما ويتعلق وجوده بوجود الشرط حتى لو وجد قبل الشرط بطل التعليق ولو كان موجودا عند التعليق
كان التعليق لغوا وهذا على مذهب القائلين بمفهوم الشرط وعلى ما ذكرتم انه لا يقولون بمفهومه لما عرف في بحث
الوجود القائلين من الاصول لكنهم بعد ما اتفقوا على ان التعليق لا يوجب العدم عند العدم بمنطوقه خلافا
للشافعي رحمه الله صار لهم طريقان احدهما انه يقتضي ذلك بالضرورة وثانيهما انه ساكت لا موجب له الا ان الوجود
يفصح عن ذلك تصحيح كتبهم فانهم ربما يتمسكون بالتعليق على العدم عند العدم وربما يقولون بالتعليق بالشرط
لا يقتضي العدم عند العدم قوله ولا يجب حط شيء من البدل وقال الشافعي رحمه الله يجب حط ربع البدل
لقوله تعالى واتوهم من مال الله الذي اتاكم فان مطلق الامر للوجوب ونحن نقول قوله واتوهم عطف على
قوله فكاتبوهم والكتابة غير واجبة بل مندوبة فكذا الحط كذا ذكروا واعترض بانه تمسك بالقران اذ قال
كما قيل في قوله واقيموا الصلوة واتوا الزكوة انه يوجب ان لا يجب على الصبي الزكوة وجوابه ان القران في النظم
لا يوجب القران في الحكم فلا شك ان الاصل في الكلام الانتظام والالتئام وهذا الاصل ان لم يوجب
ان يترك حقيقة الامر فهو يصلح لما يوجبه والموجب هنا ان الواقع احسان الى المكاتب فلا يوجب عليه
لان الوجوب سبيل على المحسن وهو منتف بالنص فان بدل الكتابة دين على المكاتب لمولاه والحط عن سائر
الديون غير واجب بالاجماع فكذا عن بدل الكتابة ولشهرة هذين الدليلين الموجبين لترك حقيقة الامر لم يذكروا
في الجواب بل اجابوا بذكر الاصل الذي ذكرنا على سبيل المساهلة وارخاء العنان ونقول هذا الجواب
من الشارح مبني على قول من يقول بالقران واما على المذهب المختار فالجواب عن الاية هو التزام ان الامر
للوجوب والمراد به الاعانة من اموال الزكوة كما ذهب اليه اكثر المفسرين لا الحط عنهم عن بدل الكتابة
اذ الحط ليس ايتاء حقيقة بل هو اسقاط وقد قال الله تعالى اتوهم وفيه نظر للقطع بان المخاطبين بقوله فكاتبوهم هم
الملاك اي فكاتبوهم ايها الملاك مما بلكم ان علمتم فيهم خيرا فيجب ان يكون المخاطبون بقوله واتوهم ايضا
هم الملاك والا لعطف امر المخاطب على امر المخاطب اخر فلا يجوز الا عند التصريح بالنداء لا يقال قم واقعد
اذا كان المخاطب بالقيام زيدا وبالقعود عمرا بل يقال قم يا زيد واقعد يا عمرو فلو كان المخاطبون بقوله
فكاتبوهم الملاك وبقوله واتوهم الايمة غيرهم لوجب التصريح بالنداء بان يقال فكاتبوهم ايها الملاك
واتوهم ايها الايمة حيث لم يصرح بالنداء علم ان المخاطبين بالامر الثاني هم المخاطبون بالامر
الاول وهم الملاك فلا يمكن ان يراد بالايتاء الاعانة من اموال الزكوة لعدم جواز اداء الزكوة الى مماليكهم
فتعين ان يراد به الحط من بدل الكتابة قوله لا يجوز حالا ولا بد من تنجيم لانه عاجز دليل على عدم جوازه حالا
لا على وجوب ان يكون على تنجيم اذ العجز يقتضي امهال الاجل الى الحصول وذا ظاهر واجاب الشارح
عن التمسك بالقران بان هذا التمسك قوله تعالى واقيموا الصلوة واتوا الزكوة في حق التمسك بالعطف لان نمط الاية

سعلى

مشتملة على جملتين كل منهما غير مرتبطة بالضمير الراجع الى ما قبلها فلا يصح الاستدلال هناك بالعطف واما هنا
فان الثانية مرتبطة بالاولى برجوع الضمير الى ما قبلها فصح الاستدلال بالعطف ثم لفظ فان قلت لما صرح
الامام فخر الاسلام رحمه الله ان الشركة انما تجب بين الجملتين لافتقار الجملة الى ما قبلها الى تمام به الاولى
فاذا تم بنفسه لم تجب الشركة الا فيما يفتقر اليه وهو تصريح بان الشركة لا يثبت الا فيما يفتقر الثانية
اليه سواء كانت مربوطة بالاولى برجوع الضمير اولم يكن قوله فليتحقق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية
يد الى مالكية نفسه وقد يقال يكفي لتحقق معنى الكتابة الى ان هذا العقد لا يخلو عن كتبة الوثيقة عادة كما صرح
في الكافي في اول الكتاب او لان مستحقها كتابة وفي الكتابة معنى الضم لضم بعض الحروف الى بعض
فلا حاجة الى جعل الكتابة في بدن ليتحقق معنى الكتابة

فصل

لانه ليس بمال اي ليس بمال متقوم والا فقد صرحوا بان الخمر والخنزير مال في حق المسلم ايضا الا انهما ليسا بمتقومين
الا ترى انه يجري التوارث فيهما بين المسلمين قوله واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا
ووصفا فتفاحشت الجهالة فان قلت قيمة المغصوب والمبيع بيعا فاسدا يدخل تحت القضاء
والمجهول لا يدخل تحته اجيب بان القيمة مجهولة قبل التقويم معلومة بعده والكتابة على قيمة العبد
يكون قبل تعيين قيمته على معنى انه يكاتب على ما يقومه المقومون ولا يدري انهم كم يقومونه وباي جنس
ووصف يقومونه فكانت كتابة على المجهول والقاضي انما يقضي بالقيمة بعد التقويم وعند ذلك القيمة
معلومة اذ التقويم انما يقع على قدر معين وجنس معين ووصف معين حتى لو قوم المقومون وعينوا جنسا
وقدرا ووصفا ثم كاتبه على ما قوموه يجب ان يصح الكتابة وبهذا اندفع ما يتوهم ان جهالة القيمة
لو كانت مثل جهالة الثوب والدابة لم يعتق المكاتب باداء القيمة اذا كاتبه على قيمته كما لا يعتق باداء
ثوب او دابة فيما اذا كاتبه على ثوب او دابة اذ المجهول لا يتوقف عليه فكل ما ياتي به العبد فللمولى
ان يقول البدل غير هذا وحيث يعتق باداء القيمة ولا يعتق باداء الثوب علم ان جهالة القيمة ليست
كجهالة الثوب فلا يصح القياس على الثوب يقال له وصار كما اذا كاتبه على ثوب او دابة وذلك لان القيمة
لما كانت تصير معلومة بالتقويم ثبت العوض بتسليمها فوجد ما علق عليه العتق فيعتق بخلاف الثوب
فانه لا يصير معلوما اصلا ولا يوقف على مراده فلا يتحقق العتق المعلق باداء العوض لاحتمال ان يكون العوض
غير هذا الثوب الذي اتى به نعم يشكل بان الكتابة على عبد جائز ويجب الوسط ويعتق باداء العبد الوسط
ولو اتى بقيمة العبد الوسط يجبر على القبول ايضا لان العبد وان كانت اصلا تسمية فالقيمة اصل من حيث
ان معرفة الوسط بالقيمة فتجب القيمة بجهة الاصالة دون الخليفة فيجبر على قبولها مع القدرة على تسليم العبد
الوسط فقد صارت القيمة هنا اصلا ولو انها تصلح عوضا في الكتابة لم تصر اصلا في الوجوب
هنا الا ان يقال القيمة لما كانت مجهولة قبل التقويم معلومة بعده فلذلك صح جعلها اصلا من وجه ولم يصح
جعلها اصلا من كل وجه عملا بالاعتبارين جميعا ثم يشكل ولد النصرانية اذا اسلمت فانها تكاتب على قيمتها ولو
كانت القيمة مجهولة جهالة متفاحشة لم يجز ذلك والمذكور كتابة على قيمتها لتعذر قوله الصحة على البدل المجهول

وكذا يعتق البعض لتعذر ما يقابله بالقيمة البعض الذي لم يعتق على ان القيمة ليست بمجهولة والله اعلم فان قلت
ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد وفيه بحث اما الاول فلان الكتابة على قيمة العبد لو صحت
وجبت عليه قيمته قبل العتق بحيث يطالب بها قبله وفي الكتابة الفاسدة يطالب على قيمته بعد العتق تأ...
العوض دالمعتق معنى تعذر رده صورة لعدم احتمال العتق الفسخ فالكتابة على القيمة تنصيص على
وجوب القيمة قبل العتق وموجب الكتابة الفاسدة وجوبها بعد العتق فاين احدهما من الآخر واما ثانيا
فلان القيمة في الكتابة الفاسدة تجب بدلا عن رقبة العبد لهلاكه على المولى بالعتق وفي الكتابة على قيمة العبد
تجب القيمة بدلا عن العتق ولا يخفى ان وجوبها بدلا عن العتق غير وجوبها بدلا عن الرقبة فلا يكون الكتابة
على قيمة العبد الموجبة للقيمة عوضا عن نفسه بدلا في الحال ورقبة في المال تنصيصا على موجب الكتابة
الفاسدة الذي هو وجوب القيمة عوضا عن الرقبة الهالكة عند تعذر ردها واما بالثاني فلان موجب
الكتابة الفاسدة انما هو لزوم ما هو الاكثر من المسمى وقيمة العبد لا لزوم القيمة خاصة قلت ولئن
وقد نص ههنا على وجوب القيمة كائنة ما كانت وذلك ليس بموجب للعقد الفاسد واما رابعا فلان التنصيص
على موجب العقد الفاسد لا يربو على التنصيص على فساد العقد ولكن لو نص على الفساد ولم يكن هناك مفسد بان
يقول كاتبتك بالف درهم كتابة فاسدة وقبل العبد يجب ان يصح الكتابة وانما تعاقد العاقدين الا بطال انه على
العقد الفاسد وموجبه لا يثبت الا بثبوت العقد الفاسد فتعذر العقد الفاسد ههنا اقتضاء تصحيحا لموجبه لانا نقول
العقد ههنا منصوص لانه عبارة عن ايجاب وقبول وقد وجد كل منهما ههنا منصوص حيث قال كاتبتك على قيمتك وقبل
العقد نعم لو قال الواجب عليك قيمة نفسك بالكتابة لكان تنصيصا على موجب العقد دون العقد فيجب حينئذ تقدير العقد
الفاسد اقتضاء على ان الكتابة الفاسدة انواع مختلفة ولا يمكن تقدير جميعها وتقدير البعض ترجيح بلا مرجح
فتعذر القول بالاقتضاء ايضا والله اعلم واما خامسا فلان القيمة قد تجب في الكتابة
الصحيحة ايضا كام الولد النصراني اذا اسلمت تكاتب عليه وتسعى في قيمتها وتعتق باداءها
ولمعتق البعض فانه مكاتب عند ابي حنيفة رحمه الله ببعض قيمته فلا يتعين القيمة موجبا للكتابة
الفاسدة حتى يكون النص عليها نصا على موجب الكتابة الفاسدة قوله وقال زفر رحمه الله
لا يعتق الا باداء قيمته الخمر لان البدل هو القيمة فان قلت ان كان المراد هو قيمة
نفس العبد ثم ترتب هذا التعليل على قوله الا باداء قيمة الخمر بل يجب حينئذ ان يقول
لا يعتق الا باداء قيمة نفسه وان اراد قيمة الخمر فذلك غير صحيح اذ البدل في الكتابة الفاسدة
هو قيمة العبد لا قيمة المسمى اجيب بان المراد قيمة الخمر والمراد بالبدل هو البدل المسمى لا ما هو البدل في
الكتابة الفاسدة والواجب فيها اي لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل المسمى هو قيمة وذلك انه لما كان
الخمر وهو لا يصلح مسمى صرف التسمية الى قيمته التي هي قائمة مقامها فيعتق باداء المسمى في الكتابة الفاسدة
اي الواجب هو قيمة العبد الا ان العتق لا يتوقف على ادائها بل يعتق باداء قدر المسمى غير انه ان كان القيمة اكثر منه يرد الفضل

وان

وان كانت اقل يرد الفضل عند زفر رحمه الله صرح بذلك في شرح المنظومة حيث قال في باب زفر رحمه الله
واذا كاتب عبده على الف على ان يخدمه ابدا افسدت الكتابة لانه شرط ينافي مقتضى العقد فاذا ادى الالف عتق
بحكم الشرط فان كان الالف اقل من قيمته يأخذ المولى منه تمام القيمة بالاجماع لان المقبوض بحكم العقد الفاسد
مضمون بالقيمة وان كان اكثر من القيمة يسترد المكاتب الفضل وعندنا لا يسترد لما ذكرنا ان العقد
الفاسد يوجب ضمان القيمة لا الاكثر كالبيع ولنا ان العتق حصل بحكم الشرط وهو اداء الالف فلو استرد
شيئا بطل بعض الشرط فلا يعتق بخلاف البيع فانه ليس لاداء فيه غير مرعي هذا لفظه واليه
اشار المصنف رحمه الله بقوله والفرق بينهما وبين الميتة والدم ان الخمر والخنزير مال في الجملة فيمكن
اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط هذا لفظه واما ما ذكر في الشرح من ان
المراد بالقيمة هو قيمة نفس العبد حيث قال لان البدل هو القيمة اي في الكتابة الفاسدة يعني لم يصح الخمر بدل الكتابة
فيكون قيمة هذا العبد بدل الكتابة فلا بد من اداء هذا البدل ليحصل العتق ففيه نظر اما اولا فلما ذكرنا
منقولا عن شرح المنظومة ان العتق في الكتابة الفاسدة لا يتوقف على اداء قيمة العبد بل يعتق باداء
المسمى عندنا وعند زفر واما ثانيا فلظهور انه لا يترتب هذا التعليل ح على قوله لا يعتق الا باداء قيمة
الخمر وذلك ظاهر وذكر في الكافي قال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الفاسد هو القيمة وانما
يعتق المكاتب باداء البدل لا باداء غير البدل كذا ذكر في المبسوط والذخيرة وغيرهما وما ذكر في الهداية انه لا يعتق
الا باداء قيمة الخمر مشكل بهذا اللفظ وقد ذكرنا من شرح المنظومة ما يدل على ان العتق عندنا وعند زفر رحمه الله
لا يتوقف على اداء القيمة في الكتابة الفاسدة بل يعتق باداء قدر المسمى لحكم العتق في زفر ان يكون في المسئلة
روايتان عن زفر رحمه الله فلا يشكل ما ذكر في الهداية ثم جاز ان يكون ما ذكر المصنف من قوله الا باداء قيمة الخمر محمول
على ما اذا ادى قيمة الخمر مثل قيمة العبد ح لا يخالف ما ذكر في الكتب ويصح التعليل بقوله لان البدل
هو القيمة بلا تكلف وقد يتكلف في بعض الشروح ان المراد بقيمة الخمر قيمة نفس العبد التي الخمر
بادني ملابسة اي لا يعتق الا باداء قيمة نفسه الواجبة بسبب تسمية الخمر وهذا مع كونه خلاف الظاهر لا يترتب
عليه التعليل بقوله لان البدل هو القيمة على معنى ان البدل في الكتابة الفاسدة هو قيمة نفس العبد وذلك ان قيمة
نفس العقد في الكتابة الفاسدة وان كانت بدلا في بدل العبد تجب بعد عتقه باداء المسمى لا بدل العتق بل بدل
هو المسمى كما ذكرنا من شرح المنظومة بان العتق لا يتوقف الا على اداء بدل العتق لا على اداء بدل نفس العبد
الذي يجب رده في العقد الفاسد وذلك لان العتق معلق على اداء الثمن الواجب وقيمة العبد لا تجب الا بعد العتق
حيث يجب رد العبد عليه ... وفي للفساد الا انه تعذر رده بعد العتق صورة فيرد ما يجاب قيمته
فاستحال ان يتوقف العتق على اداء واجب يتوقف وجوبه على العتق وهذا لان القيمة في العقد الفاسد تجب
بالقبض والعبد لم يصر مقبوضا في الكتابة الا بعد العتق فيتوقف وجوبها على العتق فاستحال ان يتوقف العبد
على اداء القيمة التي تجب بعد حصول العتق والله اعلم بالصواب قوله وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتق باداء الخمر
ويعتق باداء القيمة قال الشارح هذا الحكم الذي ذكره ظاهر الرواية عند علمائنا الثلث على ما ذكر في المبسوط

والدخيرة فكان عليه ان يخص ابا يوسف بالذكر ولا يذكر بكلمة عن قوله لاختلاف اجناسه وقد يقال القيمة
ايضا تختلف جنسا وقدرا ووصفا لما ذكرا ولا فلا فرق بين القيمة والثوب لان كلا منهما تختلف جنسه
فلا يتوقف على جراده في القيمة ايضا وجوابه قد مر في القيمة وان اختلفت جنسه قبل التقويم
فهي بعد التقويم بجنس خاص وقدر خاص ووجه ظهر وح **قوله** ولو كاتبه على حيوان غير موصوف الخ
الحق الكتابة في هذه المسائل بالنكاح وفيما سبق من مسئلة الكتابة على عين لغيره الحقها بالبيع فيحتاج
الى وجه الحاقها بالنكاح في هذه المسئلة وبالبيع في تلك ووجه ان الكتابة من حيث انها تحتمل فيها
تحمل فيها الجهالة اليسيرة كما في النكاح ومن حيث انها معاوضة مالية والمال فيها مقصود اشترط فيها القدرة
على التسليم والله اعلم عملا بالوجهين جميعا **قوله** لانه عقد فاسد الظاهر انه دليل على قوله وتزاد عليه
وبدل قوله فتجب القيمة بالغة ما بلغت وقوله وهذا اشارة الى قوله ولا ينقص عن المسمى دليل على اي
وعدم النقصان عن المسمى ثابت لان المولى ما رضي بالنقصان على قدر المسمى والعبد رضي بالزيادة
على قدر قيمة العبد الى حد المسمى حيث قبل ما اوجبه المولى من الكتابة لا يسمى محافظة على ما ثبت له من حق العتق
بقبول ما اوجبه المولى فتجب اي قيمة المسمى بالغة ما بلغت ولا ينقص عن قيمته اصلا فما جعل قوله لهذا من الخ
الى الجملتين اي عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه الى تمام القيمة ثابت لانه لا يح
وحمل قوله والعبد رضي بالزيادة على الزيادة على المسمى الى تمام القيمة فبعيد جدا على ما من
انه الى آخره ثم قد يحتاج الى الفرق بين الكتابة الفاسدة والبيع الفاسد حيث ينقص عن المسمى في
في البيع دون الكتابة والفرق ان الموجب الاصلي في البيع هو القيمة لانه مبادلة حقيقة والاصل في المبادلات
المالية هو القيمة وهو يعدل عنه الى عند الصحة التسمية اما الكتابة فبر واحسان في الحقيقة
لا مبادلة مالية فلا يكون القيمة اصلا فيها حتى يصار اليها عند فساد التسمية فيعتبر فيه رضاء الطرفين
وهو مولاه ولم يرض بالنقصان من المسمى فلا ينقص عنه اما العبد فانما يلزمه الزيادة على قدر المسمى
لانه يجب عليه رد رقبته بعد العتق وقد تعذر فيجب قيمته اقامة لها مقام العين الا ان القيمة هي
الاصل في الكتابة حتى يصار اليها عند الفساد قلت او كثرت هذا ولكن التعليل بمجرد كونه عقدا
فاسدا او القياس على البيع الفاسد ليس كما ينبغي اذ الواجب في البيع الفاسد انما هو القيمة قلت او كثرت
ولا عبرة فيه بالمسمى اصلا وههنا المعتبر ما هو الاكثر من المسمى والقيمة ولا قياس عند اختلاف حكم المقيس
والمقيس عليه ذاتا او وصفا وكونه عقدا فاسدا لا يوجب القيمة بالغة ما بلغت كالاجارة اذا فسدت
واجر المثل ازيد من المسمى يجب المسمى لا يجب اجر المثل **قوله** كيلا يبطل حقه في العتق فكانه اراد انه
عقد فاسد وارد على ما هو متقوم بنفسه فلا ينقض الاجارة الفاسدة لانها ترد على ما يتقوم الا بالعقد
وهي المنافع قوله ولا حاجة فيه الى الاداء اي الى البدل لعدم معناه فان قلت فعلى هذا يجب ان لا يصح الكتابة
على عين معين في يد المكاتب وانه جاز اجيب بالمنع ففيه روايتان على ما يأتي اصلا فالا
الشارح هذا لا يصح تعليلا لقوله والعبد راض بالزيادة لاحتمال ان يكون غير راض به وان بطل

حقه في العتق لانه يقطع مشوب بالضرورة وكم من عبد لا يرضى بالعتق لعسرة الطعام بلا بدل فيا الزيادة
على المسمى لي بهذا كلامه **قوله** لا خفاء ان العتق مع لزوم الزيادة نفع محض من حيث انه
تؤدي بدل الكتابة من مال المولى لانها عقد لازم لانه في الحقيقة مبادلة ماله بماله فكيف لا يرضى
العبد باداء الزيادة من مال المولى وهو يستفيد به شرف الحرية وتزول عنه ذل الرق الذي هو موت
حكمي الا يرى انه لو لم يرض بالزيادة حتى بطل حقه في العتق لكان جميع اكسابه للمولى وهو احوج من تحمل
الزيادة وهو رفع الزيادة الضرر الكبير بتحمل اليسير نفع محض فيصح قوله كيلا يبطل حقه تعليلا لرضاه
بالزيادة ثم قال والاولى في تعليله ان يقال العبد راض بالزيادة على المسمى لانه قبل الكتابة الفاسدة
كان قبلها وموجبها على نفسه بالغة ما بلغت لان ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة وهو اقدم
عليه باختياره فكان راضيا بالقيمة ثم قيمته قد تزيد على قيمة المسمى فكان راضيا بالزيادة ثم لفظه
قوله فينبغي ان يجوز النقيض عن قيمة المسمى ايضا اذا كانت قيمة نفسه اقل من قيمة المسمى لان المولى
لما باشر الكتابة الفاسدة وموجبها القيمة وهي قد ينقص عن المسمى كان راضيا بالنقصان وقد صرح
في الكتاب بان المولى ما رضي بالنقصان وبنى عليه قوله فلا ينقص عن المسمى **قوله** جوابه انك
في تقدير ما في الكتاب ان شاء الله تعالى ثم يشكل بان الاقدام على الكتابة الفاسدة انما يكون التزاما
لقيمة نفسه ورضا بلزومها اذا كان الواجب فيها هو قيمة العبد بالغة ما بلغت فلو بني لزوم القيمة
فيها بالغة ما بلغت على ان الاقدام على العقد الفاسد التزام بالقيمة نفسه كان دورا ثم قال **قوله**
ما وجه قوله كيلا يبطل حقه في العتق بعد ما نفذ العتق باداء الخمر والكلام **قوله** يحتمل ان القاضي يرى
صحة ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا كاتب على خمر ولم يقل ان اديتها فانت حر فادى الخمر لا يعتق فيقضي
بتلك الرواية فيبطل حقه في العتق هذا لفظه **قوله** هذا انما يصح لقوله كيلا يبطل حقه في العتق
ان لو فرضت المسئلة فيما اذا كاتب على خمر ولم يقل ان اديتها فانت حر وهي مطلقة في ظاهر الرواية
لو قال كاتبتك على خمر ان اديتها فانت حر فاداه يعتق بحكم الكتابة دون التعليق ويحكم عليه بقيمته
لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لان التعليق انما يعتبر اذا لم يكن اعتبار معنى العقد في الكتابة كالكتابة
على الدم اما اذا امكن ما اعتبر للعقد واعتبر معناه في الكتابة على الخمر يمكن على ما مر في الكتاب فيصح
قوله كيلا يبطل على هذا الوجه لا يستقيم فيما اذا قال ان اديتها فانت حر لانه يعتق باداء الخمر باتفاق
الروايات غير انه يعتق بحكم الكتابة في ظاهر الرواية وايضا الحق المصنف رحمه الله عليه
الكتابة على الخمر في غير ظاهر الرواية بالكتابة على الميتة والدم وفيه اشارة الى انه ادى القيمة في غير
ظاهر الرواية لا يعتق ايضا كما لا يعتق باداء القيمة اذا كاتبها على ميتة لا يرتفع احتمال البطلان حقه
في العتق باداء المسمى بالنسبة الى ما يتفرع على غير ظاهر الرواية لجواز ان يرفع الامر الى القاضي بعد اداء قدر
المسمى فيحكم بعد العتق فالاولى ان يقال انه وان كان يعتق في ظاهر الرواية باداء الخمر لكن يحتمل ان يحكم
المولى عند امتناعه عن اداء الزيادة بانه لم يعتق باداء الخمر متمسكا بمذهب زفر رحمه الله فيقضي القاضي بمذهبه

فبطل حقه فالظاهر انه رضي بالزيادة صيانة لحقه عن توهم البطلان هذا وقد بقي ان اثبات الرضا من العبد
بالزيادة بقوله كيلا يبطل اثبات من حيث الظاهر فانه لا ينفي الاستحقاق والحاجة هنا الى
استحقاق الزيادة على العبد الا ان يقال هذا الاستحقاق ضروري لانه عقد كرم فيجوز ان يكفي لاثبات
مثله بالظاهر ثم نقول قوله وهذا لان المولى الخ استدلال على القصة الاولى وهو لا ينقص عن المسمى
اي ان المولى ما رضي بالنقصان عن قدر المسمى والعبد رضي بالزيادة على قدر قيمته الى حد المسمى حين قبل
العقد بالمسمى كيلا يبطل حقه في العتق اي انما رضي بالزيادة على قدر قيمته لانه لو لم يرض به والمولى لا يرضى باقل
من قدر المسمى لانسد عليه باب التحصيل ويبطل حقه الثابت في العتق بايجاب المولى وفيه من الضرر
ما لا يخفى فلهذه الفايدة يلزم الزيادة على قدر قيمته الى حد المسمى فعلى هذا اراد بقوله فيجب بالغة ما بلغت
هو المسمى لا قيمة العبد اي يجب المسمى وان زاد على قدر قيمة العبد وجاز ان يكون استدلالا على القصتين
يعني قوله لا ينقص وما يعني ان المولى ما رضي بالنقصان عن قدر المسمى فلا ينقص عنه والعبد رضي بالزيادة
على قدر المسمى فلا يجوز ان يزاد عليه وتجب القيمة بالغة ما بلغت اما عدم رضا المولى بالنقصان عن المسمى فلانه
علق العتق باداء المسمى ومن ضرورته عدم رضاه بالعتق باقل من ذلك وفي النقصان عن قدر المسمى يلزم
سلامة العتق باقل من قدره وهو لم يرض به واما رضي العبد بالزيادة على قدر المسمى فلان موجب
الكتابة الفاسدة وهو لزوم القيمة فلما اقدم عليه مع علمه بوجوب القيمة رضي بالزيادة على قدر المسمى
اذا زادت قيمته عليه قوله فالمولى لما اقدم على الكتابة الفاسدة وانه توجب القيمة فيكون راضيا
به قلت او كثرت قوله بان الكتابة الفاسدة لا يمكن ان تجعل دليلا في حق المولى على رضاه بالاقل
لانه علق العتق على ما به سلامة قدر المسمى له وذا يمنع رضاه بسلامته باقل منه اذ العتق لما كان معلقا
على اداء الكل لا يحصل دونه وفي النقص عن قدر المسمى يلزم ان يسلم العتق للعبد باقل مما سمي وهو لم يرض به
فلا يكون راضيا بالنقصان ضرورة فلهذا المانع لم يثبت رضاه بالاقل بدلالة الاقدام على العقد
الفاسد اما العبد فلما قبل التعليق على قدر المسمى فقد رضي بسلامة العتق له بقدر المسمى وعدم توقفه
وانه قد يسلم له بذلك القدر ولم يتوقف على غيره غير انه لزم الزيادة بعد سلامة العتق له بقدر المسمى لرضاه
رضي ضمن الاقدام على العقد الفاسد ولا منافاة للزوم الزيادة وعدم توقف العتق على اكثر من قدر المسمى
وتعليقه عليه ينافي رضاه بالاقل لان التعليق بالمسمى يمنع رضاه بالعتق باقل منه وفي التنصيص فكذلك
لان القدر المسمى لم يسلم له فافترقا فعلى هذا معنى قوله كيلا يبطل حقه في العتق انه رضي بالزيادة على قدر المسمى
بالاقدام على العقد حفظا على ما ثبت له من حق العتق على تقدير قبول عقد الكتابة وتحصيلا لهذا الحق
الذي يحفظ سعادات الدارين فيمكن ان يراد بقوله والعبد رضي بالزيادة على قيمته الى حد المسمى ورد
قوله كيلا يبطل حقه في العتق اصلا الى ما ذكرنا من شرح المنظومة ان العتق معلق على اداء العوض فاذا كان
العوض الف درهم مثلا يعتق باداء الالف ثم الالف اذا كان اكثر من قيمة العبد استرد العبد
من المولى شيئا لانه قد عتق بحكم التعليق على الالف فاذا استرد شيئا بطل الشرط فبطل العتق لانه لم يظهر اداء المؤدى

بعض الالف واداء بعض المسمى لا يوجب العتق فلما استرد شيئا ليلا يبطل حقه في العتق اصلا ولكن لقائل ان يقول
بقاء الشرط لبقاء المشروط الا يرى انه لو قال ان صمت فعبدي حر فنوى الصوم بالليل وشرع
في الامساك نهارا عتق العبد لوجود الشرط وهو الصوم ثم اذا نقض الصوم بالافطار في النهار لا يبطل
العتق فكذا هنا لما عتق باداء الالف لا يبطل حق العتق باسترداد شيء من الالف والله اعلم قوله
بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب ذكر الفرق بين الكتابة على القيمة وبينها على ثوب وصحح في الذخيرة بان في الكتابة
معاوضة وتعليق عتق باداء العوض فكذلك القيمة تصلح عوضا لانها معلوم الجنس وتصير معلوم القدر عند
معاوضة الاداء واذا صلح عوضا وهو ملفوظ به تعلق العتق باداءه اما الثوب فلا يصلح عوضا لانه مجهول
القدر والجنس فتعلق باداءه في الكتابة لان عتق المكاتب تعلق باداء العوض فكذا العتق باداء الثوب
كذا في الشرح وفيه نظر لان القيمة لو كانت معلومة الجنس وتصير معلومة القدر عند الاداء الا ان الجهالة
فيه يسيرة فينبغي ان يجوز الكتابة عليها كما جازت على العبد والفرس ولان المصنف رحمه الله قد ذكر انه في جعل
الكتابة على قيمة العبد ان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كانت على ثوب
او دابة وبهذا تصريح بالجهالة في القيمة كما في الثوب وذكر في الذخيرة خلافه وفي التوفيق صعوبة والوجه
فيه والله اعلم ان القيمة مجهولة الجنس لانها دراهم او دنانير وهما جنسان مختلفان حقيقة حتى لا يجري الربا
فيهما وجنس واحد من حيث ان كلا منهما ثمن وقد استحسنوا بجعلهما جنسا واحدا في كثير من المسائل
على ما ذكرنا في الوكالة من حيث انهما جنسان صارت القيمة مجهولة الجنس في الحال مجهولة القدر والوصف
اعتبرت الجهالة متفاحشة حتى فسد العقد ومن حيث انهما جنس واحد كانت معلومة الجنس في الحال وانها تصير
معلومة القدر ايضا فاعتبرت عوضا يعتق باداءها عملا بالاعتبارين ثم قد يطلب بالفرق بين ان اديت
الي ثوبا فانت حر فاتى بثوب يعتق ولو كاتبه على ثوب فاتى بثوب لا يعتق مع ان في الكتابة ايضا تعليق
عتق العبد باداء العوض والفرق ان التعليق في الكتابة انما ثبت في ضمن صحة المعاوضة فلم يصلح الثوب
عوضا في الكتابة لم يثبت التعليق الثابت في ضمنه فلا يعتق واما في قوله ان اديت ثوبا فانت حر
فالتعليق ثبت نصا لا في ضمن المعاوضة فيتعلق بما يسمى لانه يصلح عوضا وقد وجد اداء ما يطلق عليه
اسم الثوب فيعتق قوله لانه لا يتوقف على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت العتق بدونه
اداءه يعني ان مطلق الثوب لتفاحش الجهالة فيه لا يصلح عوضا لتعذر تسليمه وتسلمه اذ الصالح للعوض
هو النوع الخاص منه والظاهر انه اراد نوعا منه اذ الانسان لا يذكر في مقام التعريض ما لا يصلح عوضا ولا يعلم
ما هو المراد من انواعه فاي نوع ادى لا يكون مؤديا لما هو العوض لاحتمال ان يكون المراد غيره والعتق في الكتابة
معلق باداء العوض ولم يوجد بخلاف ما لو علق العتق باداء ثوب بان قال ان اديت الي ثوبا فانت حر فان
المطلوب من الثوب يصلح لتعليق العتق عليه فيجري على اطلاقه فاذا اتى بما يسمى ثوبا عتق لانه اتى بما علق
العتق به وبهذا يسقط ما يقال ان في الكتابة معنى التعليق ولو علق العتق باداء الثوب فكذا اذا كاتبه على ثوب وذلك
ان في الكتابة تعليق العتق باداء ما هو العوض في الكتابة ولم يوجد اداء العوض كما ذكرنا قوله لان العبد لا يطلق

بدل

الكتابة وينصرف الى الوسط فلذا الصحيح يستثنى منه قلت لو كانت هذه استثناء للعبد الوسط عن
المائة الدينار كان التقدير كاتبتك على المائة الدينار الا قدر قيمة العبد الوسط فمعنى ان لا يلزم الا مائة
الدينار ما سوى قدر قيمة العبد ويكون قيمة العبد تماما خارجة عن المائة وليس الامر كذلك اذ المذهب
عنه ان يقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وقيمة العبد الوسط فيلزمه من المائة ما يخص المكاتب ويخرج
منها ما يخص العبد وهذا ليس من جنس الاستثناء بل هو من قضية مقابلة المال بالمكاتب والعبد الوسط
جميعا فالاوفق مذهب ابي يوسف رحمه الله ان يقابل المائة الدينار بالمكاتب والعبد الوسط
فيقسم عليهما بقدر قيمتهما ولنا ان العتق في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط
الصحة المراد من العتق معنا بدل الكتابة فان قيل ذهب قولنا ان البدل الكتابة حكم الثمن في البيع
وعن هذا جوزنا الكتابة الحالة على ما مر فلما كان كذلك لا تشترط القدرة على الثمن بصحة البيع قلنا
نعم كذلك الا ان البدل في الكتابة له شبهة بالثمن لما ذكرت ولما ان التصرف فيه بالاستبدال جائز
وله شبهة البيع الصحيح وجه آخر وهو ان العجز عن تسليمه يوجب حق الفسخ كما في البيع اذا عجز عن تسليم
البيع ثم لو كان كذلك صار عقد الكتابة بمنزلة بيع المقايضة فصار كالبدل حكم البيع من وجه حتى يشترط
القدرة على التسليم واذا كان غير عين الحط بالثمن حتى لا يشترط القدرة عليه عملا بالشبهين كذا في النهاية
وظني ان السؤال غير متوجه لان بدل الكتابة انما يكون حكم الثمن اذا كان مما لا يتعين بالتعيين اما اذا كان عينا
يتعين بالتعيين فله حكم البيع في البيع فلذا اي حكم المعقود عليه في الكتابة والمصنف رحمه الله جعل
للعين حكم المعقود عليه والامر كذلك في جميع المعاوضات على ما قال في الكتاب ومن قال ان كاتبه
على شيء بعينه لم يجز فانه باطلاقه يقتضي ان لا يجوز اجاز ذلك او لم يجز قوله وعلى هذه الرواية
لا ينعقد العقد لان تلك العين لم يصر بدلا في هذا العقد بقضيته لانه غير معين والتسليم ثم ينعقد العقد
اصلا كذا في الكافي قوله عدم القدرة على التسليم يوجب الفساد دون البطلان الا ترى ان من باع الآبق
فاسد وليس بباطل وكذا بيع جذع في سقف وبيع غير نظير قوله ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا
معينا وقد يناقش في عدم الحاجة اذ المكاتب ربما يقتضي الى تملك تملكه بالشراء منه ولم يملك المكاتب
لم يتملك من شرائها مع ان الحاجة الى الملك للمكاتب مع كون البدل عينا معينا للغير متحققة فلا وجه لنفيها
قوله اداء الخمر غير معين هكذا التسليم المعينة تمليكا وتملكا تحقق اما اذا كانت الخمر معينة لانه يثبت
الملك بمجرد العقد وفي التسليم نقل من يد الى يد لا تمليك ابتداء والمسلم غير ممنوع من نقل اليد في الخمر كما
من النصراني خمر فقد اسلم النصراني لا يمنع استرداد خمره من يد الغاصب كذا في النهاية
الثاني انه واشار الى انه لو اشترى ذمي خمرا عينا من ذمي ثم اسلما او اسلم احدهما قبل القبض لا يبطل البيع اذ الملك
في البيع ايضا يثبت بمجرد العقد ثم لا يبقى الا نقل اليد وانه جائز في الخمر وانه خلاف ما اشار اليه في الكتاب
من انه اذا باع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما الخ فان بيع الذمي خمرا ابطله عبارة عن بيع الذمي
خمرا عينا من ذمي آخر الا ان يحمل على ما اذا باع الذمي عينا خمرا معينا من ذمي آخر ثم اسلم احدهما ولكنه

خلاف

خلاف الظاهر اولا يلزم جواز البيع معا اذا باع الذميان الخمر معينا ثم اسلم احدهما اذا البيع المذكور صحيح
عند البعض كالكتابة واليه الاشارة في قوله هاهنا قال البعض لم هذا اسكيل الخ وذلك لما عرف
في غير موضع ان للقبض وغيره في المعاوضات شبها بالعقد من حيث ان كلا من العقد والقبض يفيد الملك
الا ان العقد يفيد ملك الرقبة فلا يفيد قبض العين من الطرفين في باب الكتابة او البيع من باب فصل اليد من باب
تمليك اليد والنقل ان لم يمتنع فالتمليك ممتنع سواء كان تمليكا لرقبة الخمر او اليد فيه بل تمليك اليد اولى
بالمنع لانه اقوى الملكين اذ المعقود هو اليد وملك الرقبة وسيلة على ما عرف في الاصول وانما وقع في
الكتابة بعض المغصوب اذ الغصب بالغصب لا يصير مالكا لليد فيكون الخلاف في الخمر دا الخلاف لا نقل التسليم
فانه رد اليد مالكا لليد فيكون التسليم تمليكا فافترقا قوله ولهما انه لا يستثنى العبد من المائة وانما
يستثنى قيمته والقيمة لا يصح بدلا فكذا مستثنى وقد يشكل بما سبق ان القيمة تصلح بدلا في الجملة
فانه لو كاتب وصيفة اي القيمة تجبر على القبول فاذا كانت القيمة تصلح بدلا في ضمن تسمية العبد وجب
ان يصح استثناؤه بهذا الطريق ايضا وقولهما والعبد لا يستثنى من الدنانير قلنا وجب ان يستثنى لان كلا
منهما يجب دينا في الذمة بدلا عن الكتابة فكانا متجانسين الا يرى انه يصح استثناء من الدراهم والدنانير
في قوله على الف درهم لتجانسهما في الذمة قوله واذا ابن الجنس كالعبد
جعل العبد هاهنا جنسا واحدا فيجوز الكتابة عليه وعند اجناسا مختلفة في الولد لا يصح حتى لو تزوج بعبد
لم يجز وكذا قسمة الجمع لا تجوز في العبيد عند ابي حنيفة رضي الله عنه لتحقق التفاوت من حاده في المعاني
الباطنة قوله ولو ادى عتق اي لو ادى المسلم الخمر عتق لان العقد لما وقع على الخمر وهو مسلم
وقع فاسدا من الابتداء فلا تجب قيمة الخمر ولكن في الكتابة معنى التعليق بالاداء فاذا وجد الشرط
وهو اداء الخمر يعتق قوله واذا كاتب عبدا على الخمر ابتداء يعتق باداء الخمر وسواء في هذا
النصراني لا يعتق مع ان القياس ان يعتق باداء الخمر بالطريق الاولى لان العقد تأكد انعقاده على الخمر
قوله عقد المسلم على الخمر العقد مع الف فيعتق باداء المشروط لما فيه من معنى التعليق ويكون
عليه قيمة نفسه اما هاهنا فالكتابة انعقدت صحيحة على تقدير اداء بدل يصح اداؤه وقامت القيمة مقام
الخمر ولم يوجد هاهنا معنى التعليق باداء الخمر حتى يعتق به كذا في الشرح لا يقال ذكر في الذخيرة ان الكتابة
متضمن معاوضة لوجود العوض من الجانبين وتعليق عتق باداء العوض لان حد التعليق يتناول الجزاء
بشرط يوجد في المستقبل وفي الكتابة تعليق وقوع العتق باداء ما صار عوضا وهذا يشير بوجود معنى
التعليق في الكتابة صحيحة كانت او فاسدة لوجود التعليق في كل منهما بل معنى التمليك باداء الخمر
حتى يعتق باداءه فيشكل لانا نقول ان العتق في كتابة النصراني ايضا تعليق على اداء الخمر لكن من حيث
انه يصح اداؤه ويعتق باداءه بل صار اليد الذي فلما اسلم احدهما لم يبق الخمر بدلا يصح اداؤه فلما اسلم
احدهما لم يبق الخمر بدلا يصح اداؤه وصار لا يعتق باداءه بل صار اليد الذي يصح اداؤه وهو قيمته فيتعلق العتق بها
بخلاف ما اذا كاتب المسلم على الخمر فان العتق يصير معلقا باداء الخمر من حيث هو فيعتق باداءه هذا هو مقصود الشرح.

العقد فيه واصرف الى الكلام اكمل

كما يصح بقاء العقد على قيمة في كتابة النصراني اذا اسلم لاداء لا يصح ابتداؤه عليها كتابة المسلم **قوله**
ان القيمة تصلح بدلا بطريق الضمن في الجملة ولا تصلح بدلا مقصودا حتى لو كاتب على قيمة عبد لا يصح ولو
كاتب على وصيف يصح ويجبر على قبول القيمة فمن حيث انه لا يصح بدلا مقصودا لا ينعقد العقد عليها
ابتداء ومن حيث انه يصح بدلا ضمنا جاز البقاء عليها ولانه اذا البقاء اسهل من الابتداء
فمتى جاز الابتداء عليها جاز البقاء بالطريق الاولى ولان جهة الضمن تناسب البقاء الذي هو اسهل
ان القيمة معلومة من وجه مجهولة من وجه فتصلح بدلا ضمنا اعتبارا الى جانب كونها معلومة لا مقصودا اعتبارا
الى جانب كونها مجهولة ولم ينعكس لانها لو صلحت للبدل مقصودا تصلح لذلك ضمنا بالطريق الاولى
فلا يلحق العمل بالوجهين **باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله قوله** ان الكتابة في جانب العبد اعتاق
لانه اسقاط الملك فيه اشارة الى ان الاعتاق اسقاط الملك وهذا خلاف ما عرف من مذهب علمائنا
ان الاعتاق اثبات القوة الشرعية ولهذا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الاجنبي ولو كان اسقاط
الملك لجاز لان اشتراط البدل على الاجنبي في الاسقاطات جائز دون الاثباتات لا يجوز قوله والكفيل
لانه تبرع محض اما اذا كان بغير امره فظاهر وان كان بامره فكذلك لان الكفيل متى ادى يصير معيرا ضامنا
ادى المكفول عنه والاقراض تبرع لانه اعارة حكما بدليل ان قبض البدل ليس شرطا في المجلس ولو كان
معاوضة لاشترط لكونه صرفا والاعارة تبرع فكذا الاقراض والتبرع غير داخل في الكتابة كذا في الشرح
وفيه نظر لما عرف في الكفالة ان الكفيل يرجع بما ضمن لا بما ادى لانه ملك بالاداء فينزل منزلة الطالب
بخلاف المأمور بقضاء الدين فانه يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء فلو كان الكفيل
مقرضا وجب ان يرجع بما ادى لا بما ضمن اذ المقرض لا يرجع الا بما اقرض وايضا قد صرح في الكتاب
بانه يجب على الكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فينزل
منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح واذا قبضه الكفيل قبل ادائه الى الطالب
مثل ما وجب للطالب عليه ولا ملكه المدفوع اليه قبل الاداء لما صح ابراؤه فظهر ان الكفيل ليس من الاقراض
في شيء وايضا لو كفل احد المتفاوضين بامر المكفول عنه يلزم صاحبه عند ابي حنيفة رضي الله عنه
خلافا لهما اما الاقراض فلا يلزم شريكه بالاتفاق فلو كانت الكفالة اقراضا لما لزمت صاحبه
بالاتفاق كما لا قراض فلا يلزم شريكه ثم ما ذكر المصنف رحمه الله بقوله لانه تبرع محض لا بد وان يحمل
على الحالة الابتداء لما صرح في الشركة ان الكفالة تبرع ابتداء ولكنها نقلت معاوضة بقاء لانه يرجع بما
ادى الى المكفول عنه ولكن ما ذكر في الكفالة من انه يجب على المطلوب بمجرد الكفالة مثل ما وجب للطالب
عليه يقتضي ان لا يكون تبرعا ابتداء ولا انتهاء فيشكل به قوله لانه تبرع محض قوله وهو فاسد على المكاتب
ومعتبر بالاجارة استعمل لفظ القياس في الفعلين وسماها اعتبارا دون ان يسميه لفظ الفعلين ومما
التزوج والعبارة لان المماثلة بين الفعلين ظاهرة اذ كل منهما فك الحجر فكان شرط القياس موجودا
فاستعمل لفظ القياس واما الفعلان فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة

من المعاوضات المالية لان المنفعة حكم المال الا يرى ان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة لمقابلة
المنافع كما لا يثبت دينا بمقابلة الاموال الحقيقية في البيع فكان لفظ الاعتبار اولى كذا في الشرح
وفيه نظر اذ الاعتبار هو القياس في الاصطلاح بمعنى الا يرى انه ثبت شرعية القياس بلفظ الاعتبار
في قوله تعالى فاعتبروا يا اولي الابصار فيكون ما هو شرط للقياس شرطا للاعتبار فاذا لم يوجد
شرط القياس في القياس على الاجارة لم يصح اطلاق لفظ الاعتبار ايضا وذلك ان الاعتبار
عبارة عن رد الشيء الى نظيره فاذا لم يكن التزوج نظير الاجارة كيف يعتبر به ثم ان في تمامه دليل
هنا على ان المنفعة حكم المال بعدم ثبوت الحيوان دينا في الذمة بمقابلة وذكر في كتاب الغصب عند قوله
ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه اذ عدم ثبوت الحيوان في الذمة بدلا عن المنفعة ليس باعتبار ان المنفعة
حكم المال بل لان المنفعة هي المعقود عليها في الاجارة وهو غير مملوكة للمستأجر في الحال لانها معدومة فلو صح
الحيوان دينا في الذمة اجرة لصاحب الدابة لم يبق المساواة بين العوضين وهي معنى الربوا فلم يجز
لذلك هذا الكلام ففي التوفيق نوع صعوبة **فصل** دخل في كتابته ظاهر تفسير لما كتبه يشتري كل
الاب والابن ولكن قوله فيجعل مكاتبا تحقيق للصلة تشير الى ان شراءه يكون كتابة كما ان شراء ذا
رحم محرم منه يكون له تحقيقا ويجيء التصريح بان الكتابة لا تسري الى الولد المشتري لعدم اتصاله
وقت الكتابة بخلاف الولد المولود في حال الكتابة فان الكتابة تسري اليه قوله من اهل ان يكاتب لانه صار
اهل الكتابة لان الكتابة من باب الاكتساب والمكاتب اهل للاكتساب ولا يقال ان كتابة الولد المشتري
ليست من باب الاكتساب لانه لا يملك شيئا من البدل فينبغي ان لا يكون اهلا لهذا النوع من الكتابة
التي ليست بكسب للمال كما انه لا يملك تزويج عبده ويملك تزويج امته لان تزويجها اكتساب
للمهر والنفقة دون تزويجه لانا نقول لانه اي المكاتب من اهل الكتابة حتى لو كاتب عبده المشتري في حال
الكتابة جاز دليل ظاهر على ان قوله فيجعل مكاتبا بصيغة اسم الفاعل دون المفعول على معنى فيجعل المكاتب
مكاتبا للاب او الابن بشرائه كما يجعل الحر معتقا بشراء المحرم بسبب القرابة وفيه اشارة ايضا الى
ان الولد يصير مكاتبا للمكاتب لا للمولى لانه اشكل اذ الكتابة بلا بدل عتق المكاتب بادائه بخلاف الاعتاق
فانه يصح بلا بدل فيمكن ان يجعل الحر معتقا ولا بدل يشترط للمكاتب في شرائه اباه او ابنه حتى يكون مكاتبا لا بل
هما يعتق المكاتب بشرائه من الاب والابن باداء تحصيل البدل لمولاه فيكون داخلا في كتابته
ولا ذلك الا دون سري كتابته الى كتابتهما كالولد المولود في الكتابة وانه خلاف اشارة
قوله لانه من اهل ان يكاتب فيجعل مكاتبا لا المكاتب لا يكاتب عبده قوله فيجعل مكاتبا تحقيق
للصلة قلت فيجب ان لا يملك المولى اعتاق الولد الذي اشتراه المكاتب حال الكتابة كما لا يملك
اعتاق المكاتب مكاتب المكاتب حيث ملك علم انه يدخل في كتابته تبعا لانه يصير مكاتبا بالشراء ايضا للمكاتب
اذا ملكه او ابنه ثم حاضت في يد مشتريه ثم عجز المكاتب لا يشتريها المولى لكتابتها عليه ومن دخل
في كتابته فهو مملوك للمولى حتى ينفذ عتقه فيه كما ينفذ في الكتابة كما ان المكاتبة اذا عجزت لا يشتريها المولى

فصل واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه

او لكتابة اذا عجز لا يشتريها
اكثر مكاتبا لا يشتراه عنه
ثم صار مكاتبه

فلذا لا يجب عليه الاستبراء متى صارت مكاتبة معه ان القريب الذي معه ولا يدخل في كتابته تبعا لا انه يحصل
مكاتبا بالشراء فيحصل الحر معتقا بشراء القريب وايضا اذا المكاتب اباه او ابنه ثم ابراء
المولى بايعه عن العيب ثم عجز المكاتب عن الاداء صح الابراء ولو ابراء في عبيد ام ولده لا يصح
لا يصح اعتاقه لان الملك للمكاتب دون المولى بخلاف القريب الذي يكاتب عليه فانه مكاتب
عليه ملك المولى فيوجب شراه كتابته لكن ان القريب المذكور ايضا للمكاتب فلا يصح ابراء السيد عن العيب واته
اعلم قوله غير ان الكسب يكفي للصلة في الولادة وقد يقال متى كان الكسب الذي للمكاتب يكفي للصلة يلزم
نفقة الاباء والابناء في مال المكاتب لا يلزم وعللوه بان نفقة هولاء صلة محضة والمكاتب ليس باهل
لما هو صلة محضة وايضا لا يخفى ان مكاتبة الاب والابن على المكاتب صلة محضة كالعتق على الحر فيجب ان لا
يوهل المكاتب له وايضا الكسب ما عهد كافيا للصلة الا مع الملك ولا ملك للمكاتب فلا يكفي كسبه
لوجوب الصلة الا يرى ان العبد الماذون كاسب ولا يجب عليه الصلة قوله ولا يكفي في غيرهما حتى لا يجب
نفقة الاخ الا على الموسر وقد يشكل بان عدم وجوب الصلة بالنفقة لا يوجب عدم وجوبها عليه بالكتابة
لان الكتابة نوع عتق وجاز ان لا يجب النفقة صلة ويجب العتق عند الملك فان نفقة غير الولاد لا يجب عند
اختلاف الدين ويعتق ذو الملك فيجوز ان يتكاتب غير المولدين والمولودين على المكاتب ولا يجب نفقتهم
عليه وذلك لان تعلق العتق بالملك من كل وجه اشد في العطية من حرمان النفقة فيجوز ان يكتفي باصل القدرة وشرط
لوجوب النفقة القدرة بالملك فلما اكتفى للعتق باصل القرابة واشترط للنفقة القرابة المؤكدة باتحاد الدين
قوله لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة يعني لما كان العتق اسرع نفوذا اكتفي لتحققه بنفس القرابة المحرمة
للنكاح فالحق القرابة المتوسطة في حقه بالولاد والكتابة لما كان بطي النفوذ اشترط لتحققه
القرابة وهو قرابة الولادة فالحق المتوسطة في حقها بقرابة بني الاعمام ووجه اخر ان العتق لما كان اسرع
نفوذا الزم ان ينفذ في كل ما ينفذ الكتابة فيه فلم يتحقق العمل بالشبهين فلو نفذنا الكتابة الى ترم
القول بنفاذ عتقه ايضا فبطل العمل بشبه قرابة بني الاعمام ولا يلزم من نفاذ العتق نفاذ الكتابة
فيكون العمل بنفاذ العتق دون الكتابة عملا بالشبهين ولقائل ان يقول الكتابة اعم نفاذا من الاعتاق
الا يرى ان كتابة المكاتب تنفذ دون اعتاقه فلا يلزم من نفوذ الكتابة نفوذ الاعتاق حتى يبطل
العمل بالشبهين وايضا الكتابة ادنى من الاعتاق فلا يلزم من نفوذ الادنى نفوذ الاعلى حتى يبطل
العمل بالوجهين وفي الذخيرة وابو حنيفة رحمه الله يقول على ضرورة حال المملوك كحال المالك
بيان قرابة محرمة للنكاح وحقيقة الملك لما قال النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم
عتق عليه وبهذه العلة تصدق في الحر سواء ملك اخاه او اباه واما المكاتب فقد وجدت علة
العتق فيما اذا اشترى ابنه او اباه لانه وجدت القرابة المحرمة للنكاح ووجدت حقيقة
الملك ايضا حكما لانه انضم الى حق الملك الولادة وله زيادة اثر في ايجاب الصلة حتى الابن
يستحق النفقة وان كسوبا ويستحق عند اختلاف الدين فالتحق الحق بالحقيقة

نفقة غير الولاد لا وجه فيه عند اختلاف
الدين

ومن حكم حقيقة الملك لان المملوك القريب بمثل حال المالك اذا كان ذا رحم محرم منه فيما اذا اشترى اخاه
لم يوجد علة العتق في حال المكاتب لانه ان وجدت القرابة المحرمة للنكاح لم يوجد حقيقة الملك
لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لم ينضم الى حقيقة الملك ما له اثر في ايجاب زيادة الصلة
وهو الولادة فلم يلتحق الحق بالحقيقة بل هو مجرد الحق مع القرابة المحرمة للنكاح وانه ليست بعلة
بصيرورة المشتري بمثل حال المشتري الى هنا كلامه وفيه نظر حيث يلزم على هذا ان يعتق على المولى
ابنه اذا اشتراه المكاتب لان للمولى ايضا حق الملك في مال المكاتب وقد انضم اليه الولاد الذي له
زيادة اثر في ايجاب الصلة فصار كحقيقة الملك مع القرابة بعين ما ذكر في المكاتب اذا اشترى ابنه
قوله ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه قلت قبل الدعوة كان الولد مملوكا
للمكاتب وكسبه له وبعدها صار مكاتبا عليه وكسب مكاتب المكاتب له لا للمكاتب وبالجملة فلا يلزم
منه بان يكون كسب الولد للمكاتب حال كونه قنا ان يكون كسبه له حال كونه مكاتبا كيف والكتابة
توجب ان يكون المكاتب احق بالكسب قوله لان بيعة الام ارجح ليقنها بانه جزوها كذا في الكافي
قلت لو كان الرجحان باعتبار التيقن بكون جزءها لزم ان يكون ملحقا بها في جميع الاحكام وقد الحق
في بعضها بالاب الا يرى ان سور البغل المولد بين الحمار والرمكة مشكوك كسور الحمار لا طاهر كسور
الرمكة بعد المفقود بالاب لا بالام وايضا التيقن وان يكن برجح جانب الام لان الطعام اصل يقوم بها
اللحم قيام العرض بالجوهر ولهذا رجحوا قرابة الاب على قرابة الام في الميراث وقد يقال المولد فصل
من الاب بهوما ومن الام وهو حيوان فيلحق بالام فيما هو من خواص الحيوانية كالرق والحرية واما الحكم
الحيوان كالطهارة والنجاسة فيوخذ بالاحوط والاحوط في سور البغل المولد بين الحمار والرمكة
الحاق بالام وفي البغل المولد بين الفرس والاتان الالحاق بالام اذ الاحتياط في ايقاع الشك
في السور ليضم مع الوضوء التيمم فيخرج عن العهدة بيقين قوله وهذا الشرط في معناه لان حق المولى هناك
مجبور بالقيمة ناجزة وهنا بالقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق فان قلت هذا الزام على محمد رحمه الله يوجب
القيمة عنده بعد العتق كما في رواية الجامع الصغير اما على ما قال في المبسوط ان النكاح ان كان باذن
السيد فعليه قيمة الولد والمهر في الحال وان كان بغير اذن سيده فعليه قيمة بعد العتق فما وجه
الالزام عليه قوله وجهه انه لا مناسبة بين الحر والعبد اذا كان النكاح بغير اذن المولى لان
حق المستحق في هذه الصورة لو جبر لكان مجبورا بالقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق باتفاق الروايات
عن محمد رحمه الله وهذا التاخير يجري مجرى الابطال حيث لا عناية له فلما بطل الاخذ بالقيمة فيما اذا كان
النكاح بغير اذن السيد بطل فيما اذا كان بالاذن لعدم القائل بالفصل فان قلت
لما لا يجب القيمة على العبد في الحال اذا كان النكاح باذن السيد وقد ثبت ان ما كان من دين
على المملوك بسبب ماذون فيه من جهة المولى يوخذ به في الحال قلت نعم لو وجب الحق بهذا
السبب لاخذ به في الحال لكن الايجاب هاهنا غير ممكن لان ولد المغرور انما يحصل حرا بالقيمة نظرا

للجانبين ودفعا للضرر عنهما ولئن رفع الضرر على وجه يلزم اضرار الغير لا يجوز وههنا دفع الضرر عنهما
بجعل الولد حرا بقيمة باجرة اضرارا بالمولى وذلك لا يجوز لو صح ان نكاح العبد لا يصلح الا مع
موجبا لحرية الاولاد بقيمة باجرة الا بالالحاق بمورد الاجماع ولا وجه للالحاق سوى دفع الضرر عن العبد
ودفع الضرر الى من يتحمل مشترا باطل في الحاقه دفع الضرر عن العبد بالحاق الضرر بالمولى فكان باطلا فلما
بطل الالحاق بقي النكاح غير موجبة لحرية الاولاد فلا يكون الرضا بهذا النكاح رضا من المولى بلزوم
قيمة باجرة عليه نعم لو كان هذا النكاح موجبا حرية للاولاد بقيمة فاجرة في الشرع لكان الرضا
من المولى رضا بالقيمة الفاجرة ولكن الكلام في ان هذا النكاح هل يصلح موجبا لحرية الاولاد بالقيمة
الفاجرة فمتى لم يثبت ذلك لم يكن الرضا به رضا من المولى رضا بلزوم القيمة عليه وهو غير ثابت
لما ذكرنا قوله وسقط عنها بدل الكتابة لانها انما التزمت ليسلم لها نفسها بجهة الكتابة ولم يسلم
بعض الجهة فلا يجب البدل كذا في الكافي قلت قد مر في باب التحالف اذا اختلف المكاتب والمولى
في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله لان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف
للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا بالعتق عند الاداء فقبله مقابلة صحيح اختلافا في قدر البدل
لا غير فلا يتحالفان بهذا اللفظ الكتاب في ذلك ان البدل مقابلا بفك الحجر الى ان سلم المكاتب له ذلك و
صار مالكا للتصرف فوجب ان لا يسقط عنه البدل اذا اعتق بغير الكتابة لان العتق لم يحصل بالكتابة
فقد تحقق حصول فك الحجر وعدم حصول العتق ان كان يوجب السقوط فحصول الفك عن الحجر عنه فينبغي ان لا يسقط
بالاجماع وبعبارة اخرى المكاتب يحصل المال بمقابلة فك الحجر في الحال والعتق في المال فاذا سلم
الفك دون العتق بالكتابة وجب ان يسقط نصف البدل ويبقى البدل وهو النصف واما ان يسقط
كل المال عند عدم حصول العتق بالكتابة وقد حصل الفك في العتق جميعا فلا وجه اليه كيف وقد اعتبر
المقابلة بالفك في عدم وجوب التحالف وبالجملة ان المقابلة البدل بالفك عن الحجر ان كان معتبرا
وجب ان لا يسقط عنه كل البدل اذا اعتق بوجه اخر غير الكتابة والالزام ان يتحالفا اذا اختلفا
في قدره قوله لان العوض من الجانب العتق عند الاداء قلت العوض المالي من الجانب البدل
ان هو العتق والعوض الحالي منه هو فك الحجر في حق اليد والتصرف وهذا العوض حاصل فينبغي
ان لا يسقط العوض اصلا او يسقط نصفه ويبقى نصفه او يبقى بعضه واما ان يسقط الكل فلا وجه اليه قوله
لا يجري في الثلثين عبدا وقد تلقتها جهتا حرية بدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة مخير لان
في كل من جهتي الحرية فايدة ليست في اخرى وذلك انها لو اختارت العتق بجهة التدبير لم تسلم
لها الاكتساب ولو اختارت الكتابة سلمت ولو اختارت الكتابة ربما احتاجت الى ادا جميع الاكتساب
وربما تبلغ اكثر من ثلثي قيمتها فيحصل فايدة ليست في اخرى فان قلت لو اختارت العتق بالتدبير لم
تسلمت لها الاكتساب ايضا كام الولد اذا اعتقت بالاستيلاد قلت ام الولد يعتق حرا فلا يكون
حرية سلطنا حقها في الاكتساب فلا يفسخ الكتابة في حق الاكتساب نظرا لها اما المدبر فلتعلق حق

العتيق بالتدبير مع امكان ان يختار جهة الكتابة فقد فسخت الكتابة برضاها فلا يبقى الكتابة في حقها اصلا
لا في حق العتق ولا في حق الاكتساب نعم يشكل التخيير فيما اذا كانت بدل الكتابة اقل من ثلثي
القيمة وكان مؤجلا وفيه سلامة الاكتساب حيث يتعين الفايدة في بدل الكتابة لقلته وكونه مؤجلا
وسلامة الاكتساب فيه فكانه بنا التخيير على ان الغالب ان بدل الكتابة يكون اكثر من ثلثي قيمته والفايدة
في كل منهما في هذه الصورة ظاهرة لان ثلثي القيمة وان كان اقل فلا يسلم فيه الاكتساب والاولاد وبدل
الكتابة وان كان اكثر ففيها سلامة ذلك له فلما كانت الفايدة في التخيير غالبة طرد التخيير في جميع الصور ايضا
تيسيرا للامر على المفتيين كما مر في باب اليمين في الحج في مسئلة ما اذا قال عبدي حر ان لم احج العام فشهد
شاهدان انه ضحى العام لم يعتق عبده عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لانها قامت على النفي لان المقصود
منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا يطالب بها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج غاية
الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهدين ولكنه لا تميز بين نفي ونفي يعني لما كان الغالب في النفي
ان يكون مبنيا على الظاهر دون الدليل اديرنا الحكم على جنس النفي من غير تفرقة بين نفي مبني على الدليل ونفي
غير مبني عليه تيسيرا للامر على المفتيين كذا هنا لما كان الاغلب عدم تعين الفايدة في احدهما طردنا التخيير
في الكل تيسيرا وفي الشرح لان في التخيير فايدة لجواز ان يكون اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واقلهما اعسر
لكونه حالا فكان فيه فايدة وان كان في جنس المال متحدا ثم لفظه فان قلت ما وجه تفريع التخيير بهذا
الوجه على تجزي الاعتاق قوله وجه ان الاعتاق لما يجزي عنده بقي الثلثان رقيقا فبقي الكتابة منجمة
كما كانت فيخير بين ان يسعى في ثلثي قيمتها معجلة او في جميع مال الكتابة مؤجلة اما عندهما فالاعتاق لما لم يتجزء
عتق الكل فيطالب باحد البدلين في الحال اما بدل التدبير فلكونه حالا واما بدل الكتابة فلضرورة حالا
بعتق الرقبة فلا فايدة في التخيير نعم يشكل التخيير لهذا الوجه فيما اذا كان بدل الكتابة اقل مؤجلا وبدل
التدبير اكثر معجلا للقطع بانها تختار اقل المؤجل فلا فايدة في التخيير ثم التاجيل في الكتابة ليس بلازم
عندنا وانما لم يكن الكتابة مؤجلة وجب ان يتعين الاقل اذا كان الاقل هو بدل الكتابة لان فيه مع كونه
قليلا سلامة الاكتساب بخلاف ثلثي القيمة فانه مع كونه كثيرا ليس فيه سلامة الاكتساب فتعين الفايدة
في جانب بدل الكتابة فلا وجه للتخيير حينئذ وانما يفيد التخيير اذا كان بدل الكتابة اكثر وثلثا الفايدة في جانب
بدل الكتابة وان كان اكثر ففيه سلامة الاكتساب وثلثا القيمة وان لم يكن فيه سلامة الاكتساب فهو اقل
فيختار ايهما شاء ولا ترجيح للتدبير باعتبار انه يعتق في الحال لان للمكاتب ان يعجل بدل الكتابة مع
التنجيم فيعتق في الحال ففايدة تحصيل العتق في الحال مشترك بينهما فالوجه هو ما ذكرنا ان الاعتاق
لما تجزي عنده بقي الثلثان عبدا وقد تلقاها جهتا حرية في الثلثين وفي كل من الجهتين فايدة
ليست في الاخرى قوله وفيها ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها اي يصير مقابلا بثلثيها
دون جميعها ينبغي ان لا يعتق كلها اذا ادت بدل الكتابة قبل موت المولى وليس كذلك
قوله وهذا لان البدل الخ بيانه ان المكاتب يلتزم المال بمقابلة فك الحجر في الابتداء وعتق الرقبة في الانتهاء

عند الاداء ثم اذا لم يكن عتق بعض الرقبة محتملا لوجود قبل الاداء لوجوب سبب العتق يجعل البدل بمقابلة
الكل على الاطلاق لعدم دليل التقييد اما اذا كان عتق بعض الرقبة يحتمل الوجود لقيام السبب بتقييد
التزامه المال مقابلا بالكل بما اذا لم يعتق قبل الاداء بالسبب الموجود عند عقد الكتابة وذلك انه لما جعل
بدل الكتابة لحصول العتق عند الاداء مع احتمال حصول هذا الغرض قبل الاداء كان التزامه
مقيدا بما اذا لم يحصل هذا الغرض فيه قبل الاداء بخلاف ما اذا كاتب اولا ثم دبره ثم مات المولى لان
البدل هنا وقع بمقابلة الكل على الاطلاق لعدم دليل التقييد وهو احتمال حصول العتق قبل الاداء ناشيا
عن التدبير لانعدام السبب الموجب لاستحقاق الحرية عند عقد الكتابة فبقي تجرد العتق قبل الاداء وانه
غير معتبر فلا يصلح للاطلاق قوله لانها استحقت حرية الثلث ظاهر هذا اذا لم يكن المولى
مديونا بدين مستغرق لقيمة المدبر اما اذا كان مديونا بدين مستغرق فليس لها استغراق حرية
الثلث مجانا ظاهر بل الظاهر عدمه اذ الظاهر في كل منهما ثبت بتاويه قوله كما لو طلق امرأته بتطليقتين
ثم طلقها ثلثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة فاعترض بانه انما
قابل البدل بازاء ما بقي ثمة لوقوع الطليقتين اما ههنا فالمدبرة حق العتق والملك كامل فيها حتى حل وطيها
فيجوز ان يثبت بازائه شيء من البدل وجوابه انا لا ننكر وقوع البدل بمقابلة كل الرقبة ولهذا لو ادى
قبل الموت المولى يعتق كله ولكنا ندعي تقييدها بما اذا لم يثبت الحرية فيه عند الاداء بسبب وجد حال
العتق عقد الكتابة ووجه التشبيه بمسئلة الطلاق هو انه بما يجعل الالف بمقابلة الواحدة من حيث انها
تمام الالف المقابلة ما ليس بواقع من الطلاق باعتبار الظاهر فكذا التقييد في مسئلة الكتابة التزام المال
بمقابلة الكل بما اذا لم يتقرر استحقاق الحرية في البعض بسبب التدبير اعتبارا بالظاهر ثم الاوضح في التوجيه
انه وان قابل البدل بالكل لكنه اراد المقابلة بما هو ليس بحاصل له قبل ادائه اذ الظاهر ان العاقل لا يلتزم
العوض الا بمقابلة ما ليس بحاصل له فيثبت التزام المال بمقابلة الكل مع احتمال ان يحصل له عتق الثلث قبل الاداء
علم انه اراد المقابلة بما هو غير حاصل له كلا كان او بعضا فاذا ادى البدل قبل موت المولى وقع بمقابلة الكل واذا
ادى بعده وقع بمقابلة الثلثين كما جعل البدل في مسئلة الطلاق بمقابلة ما هي غير واقعة من المطلقة
الباقية بقرينة الظاهر قوله بخلاف ما اذا تقدمت وقد يشكل بان عقد الكتابة في حق العبد غير لازم فبقاؤه
حكم الابتداء فينبغي ان تعتبر الالتزام في هذه الصورة لان بقاء عقد الكتابة بعد التدبير كابتدائه
ولو ابتداء العقد بعد التدبير لكان التزامه مقيدا بما ذكرنا ثم الاستدلال بمسئلة الطلاق انما يصح
اذا كان مقابلة الالف فيها بما بقيت من الطلقة الواحدة بالاتفاق ولكن ابا يوسف
ومحمد رحمهما الله قالا في رجل جمع بين من يحل نكاحها ومن لا يحل فتزوجها بالف مثلا يكون الالف
مقابلا بها حتى يقسم عليها بقدر مهر مثلها فيبطل ما يقابل المحرمة ويبقى ما يقابل الاجنبية وعلى قياس
تلك المسئلة يجب ان يسقط في مسئلة الطلاق ما يقابل الطلقتين الواقعتين ويبقى ما يقابل الباقية
فلا يصح الاستدلال بها عليها الا على مذهب قوله والظاهر رضاه اي رضاء العبد بفسخ الكتابة

بغير بدل

بغير بدل مع سلامة الاكتساب لانا نسعى في حقها اي في حق الاكتساب وفيه بحث لان الكتابة
بعد انفساخها انما تبقى في حق الاكتساب اذا كان الانفساخ في جبرنا كانفساخ كتابة ام الولد
اذا عتقت بموت السيد اما اذا كان انفساخها برضا المكاتب فلا يبقى في حق الاكتساب ايضا
كالمدبرة اذا كوتب ثم مات المولى واختار اداء ثلثي قيمتها دون بدل الكتابة وعتق بجهة فانه لا يبقى
الاكتساب ولا يبقى الكتابة في حق الاكتساب لانه اختار الفسخ وقد اعتبر المصنف رحمه الله المكاتب
ههنا راضيا بفسخ الكتابة فكان مختارا للفسخ والكتابة في مسئلة لا يبقى في حق الاكتساب فالظاهر
ان انفساخها اذا كان اعتقه المولى حرا والمولى ان لم يتمكن من فسخ الكتابة بلا رضا العبد فعلا فقد
تمكن منه في ضمن الاعتاق فلا حاجة ان يعتبر العبد راضيا قوله وفي الغياث لا يجوز لانه اعتاق فان قلت
ان الدين مال من وجه دون وجه لانه وصف حقيقة مال باعتبار عاقبة الاستيفاء والاجل ايضا مال
من وجه حتى يبدل المال بمقابلته فيكون الدين كالاجل فينبغي ان يجوز الاعتياض عنه قلت نعم ولكن جهة
المالية في الدين اظهر منه في الاجل لان الدين حكم المال في كثير من الاحكام كصحة الشراء ووجوب الزكوة
على الدائن فلا يصح الاعتياض عنه اما في دين الكتابة فتنحط رتبته عن ساير الديون فيكون كالاجل فيصح الاعتياض
عنه قوله لان عقد الكتابة من وجه دون وجه والربوا انما يجري في العقدين كل وجه كالبيع والاجارة
فان قلت الربوا هنا لا يلزم في الكتابة حتى يكون فيه شبهة الربوا باعتبار كونه عقدا من وجه دون وجه
بل يلزم في عقد الصلح الذي هو من البيع قوله عقد الصلح هنا مبني على عقد الكتابة فكانت شبهة عدم
العقد شبهة في عدم الصلح ايضا قوله والاجل ربوا من وجه اي فضل من وجه اما انه ليس بفضل فلانه
ليس بمال ولا له حكم المال وفضل المال انما يكون في المال او فيما له حكم المال واما انه فضل
من وجه فلانه قد يزداد المال بزيادة الاجل فلا يكون في حكم الربوا لانه طرف النقصان في كونه
عقدا او كونه فضلا ولو كان في احدهما الكامل شبهة فلما ظهر فيما كان شبهة الشبهة كذا في الشرح فان قلت
ان الشروط المفسدة للبيع ملحقة بالربوا مع ان بعضها ليس بمال ولا له حكم المال بوجه قوله فضل
الربوا انما يكون في المال او ما في حكمه اجيب بانا لا نسلم ان الشروط المفسدة التي ليست بمال
ولا في حكمه ربوا بل الفساد فيها باعتبار انها مفضية الى المنازعة لا باعتبار انها ربوا والى هذا
اشير في الشرح في باب البيع الفاسد عند قوله لان فيه زيادة عارية عن العوض وقد ذكرنا
من قبل فان قلت يشكل قوله والاجل ربوا من وجه ان الربوا انما يلزم باعتبار الخمسمائة المحطوط
لا باعتبار الاجل فانه لما صالح على خمسمائة معجلة كان ذلك اعتياضا عن الالف اذ لا يمكن على استيفاء
البعض واسقاط الباقي لان حمله على المؤجل لا في المعجل فحمل على المعاوضة
وفي معاوضة الالف بخمسمائة ربوا باعتبار الخمسمائة المحطوط لا باعتبار
الاجل ولا شك ان الخمسمائة المحطوط ما يصلح ربوا قوله الدليل الثاني مبني
على ان يجعل الخمسمائة المعجلة عوضا عن الخمسمائة من الدين والباقي اسقاطا لان هذا باطل في الحر

سواء جعل معاوضة الالف بخمسمائة او معاوضة خمسمائة مؤجلة بخمسمائة معجلة اما الاول
فلانه يستلزم الربوا لان الخمسمائة المحطوطة سلم للمديون لانه لا شيء يكون عوضا الا الاجل وهو لا يصلح
عوضا لعدم كونه مالا اما الثاني فلانه ايضا يستلزم الربوا وهو الاجل لان في اسقاط الاجل فايدة
لاحد المتعاقدين خالية عن العوض فيكون ربوا كالشروط المفسدة للبيع فالدليل الاول
دليل يصلح لتصحيح هذا الصلح بين المكاتب ومولاه على الطريق الاول والثاني لتصحيحه على الثاني
فتامل قوله لان له ان يترك الزيادة على مثل الالف بان يكاتبه على قيمته اي مثل قيمته قوله
ولم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل فان قلت جاز ان لا يتعلق حق الشخص
بالمبدل ويتعلق ببدله الا يرى ان القصاص لا يثبت للمقتول لعدم صلاحية لقضاء حوائجه بل
يثبت لورثته ابتداء بطريق القول ببدله بصلاح البدل لقضاء حوائجه فينفذ منه وصاياه ويقضى
به ديونه اجيب للخلافة دون الوراثة على ما عرف ثم اذا سقط القصاص بوجه وصار مالا تعلق حق
المقتول ببدله بصلاح البدل لقضاء حوائجه فينفذ منه وصاياه ويقضى به ديونه اجيب بان المقتول
وان كان لا يملك القصاص فالسبب منعقد له حتى يصح عفوه بعد الجرح قبل الموت وكان سبيل ان يثبت
القصاص له لكنه تعذر اثباته له باعتبار انه لا يصلح لقضاء حاجته فقلنا بخلفه من هو اقرب الناس
اليه ثم اذا صار مالا يصلح لقضاء حاجته يتعلق حق المقتول به وانعقاد السبب في حق ملك المبدل
يكفي لتعلق حقه في البدل وهنا لم يتعلق حق الوارث بالبضع اصلا فلا يتعلق ببدله من حيث انه
بدله بل من حيث انه مال الميت فيتعلق حق الوارث وقد تعلق حقه فيه مؤجلا فكذا حق الوارث
فاما هاهنا فحق الوارث قد تعلق برقبة العبد قبل الكتابة بمرض المورث حالا لا مؤجلا حتى لو كاتبه
المريض بعين تعلق حق الوارث به كما كان متعلقا بالرقبة لقيامه مقامه ثم المورث يريد
ان يؤجل ما تعلق به حق الوارث فيتوقف على اجازته فانه تاجيل من المورث تغير لما تعلق به حق الورثة
كما لو اقر بمال مؤجل وكذبه المقر له لوجوبه في الحال قوله وفي الاكتساب توجيه
ان الكتابة يتحقق العتق معلقا بالاداء او لزوم المال على العبد والحر العاجز ان لم يصلح اصلا في حق لزوم
المال على العبد فهو يصلح اصيلا في حق تعليق العتق بالاداء فيكون هذه الكتابة تعليق العتق بالاداء
من غير توقف العتق بالاداء ويتوقف في حق لزوم المال وصيرورته مكاتبا على قبوله قوله ولا يرجع على العبد
اي لا يضمنه ما اداه الى المولى لانه متبرع والتبرع ينافي التضمين قوله كالامة اذا كوتبت دخل اولادها
في كتابتها وقد يشكل بان المولى اذا اعتق العبد الغايب بطلت ولو اعتق الولد المولود في الكتابة
لا يسقط شيء من البدل وبان المولى اذا اعتق العبد الحاضر بطلت عنه الكتابة ولا يعتق
العبد الغايب والولد المولود في الكتابة يعتق عند اعتاق المكاتبة والفرق ان الولد ليس
بمقصود بعقد الكتابة حيث لم يكن موجودا وقت العقد بل دخل فيها تبعا
فلا يسقط شيء من البدل بمقابلته والعبد الغايب مقصود بالعقد فيقسم البدل فالحاصل ان العبد

الغايب

الغايب مقصود فكان بدل الكتابة منقسما لكن الغايب لا يؤخذ به لانه لم يوجد منه القبول واما الولد
فتبع من كل وجه فلا يقابله شيء من البدل وهذا هو الجواب عن المسئلة الثانية قوله من مضطر اليه بل
طلب نفع مبتدا بخلاف معير الرهن لانه يفوت ملكه الثابت وقد يقال معير الرهن اعتبر مضطرا الى اداء
دين المستعير الا ان الحاجة الى استخلاص النفس عن ذل الرق اقوى منها فاولى ان يعتبر مضطرا الى اداء بدل
الكتابة وايضا لو لم يعتبر مضطرا في الاداء لم يجبر على القبول اذ لا اجبار الا باعتبار كونه مضطرا الى الاداء فالاولى
ان يقال ان الغايب في اداء البدل عامل لنفسه لرجوع منفعة اليه وهو عتق رقبته فلا يرجع بما يؤدي
على غيره بخلاف معير الرهن فانه يعظم نفعه في اداء الدين براءة المديون عنه وهو حاصل للمستعير
فكان المعير عاملا له مع الاضطرار فجعل كالماذون بذلك فيرجع عليه قوله لان المكاتب لا يحتمل النقل
من ملك الى ملك فاقتصر امومية الولد على نصيبه قلت المكاتبة ان كانت لا تحتمل النقل حال بقاء
الكتابة فهي تحتمله بعد فسخها وفسخها من المولى ان كان لا يجوز الا برضا المكاتبة فقد وجدت رضاها به
دلالة لان فسخها لتكميل الاستيلاد نفع محض لها وذو العاقل باذن التصرف النافع وذلك بانها تستفيد بتكميل
الاستيلاد وتتوسل الى عتقها بلا بدل مع سلامة الاولاد والاكتساب لها لانا نبقي الكتابة في حقها نعني ما هو نافع
في انفساخ الكتابة اذا اعتق المكاتب من قوله والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى لكنه تنفسخ برضا
العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكتساب له لانا نبقي الكتابة في حقها هذا
كلامه فكما تنفسخ الكتابة في ضمن الاعتاق ويجعل العبد راضيا بالفسخ دلالة تنفسخ في ضمن الاستيلاد ايضا
ويجعل المكاتبة راضية بالفسخ دلالة لا يقال ان الرضا من المكاتبة بالفسخ وجدت من المكاتبة فلم يوجد
من الشريك بخلاف اعتاق المولى مكاتبه فانه قد وجد الرضا هناك من المولى ايضا فيتم المراضاة فافترقا
لان المكاتب يستبد بفسخ الكتابة فلا يطلب الا رضاه وقد وجد رضا المكاتبة هنا كما بينا فالاوجه
في الجواب انا لا نسلم ان فسخ الكتابة هنا محض نفعا بل هو نفع يشوبه ضرر لانه لو فسخت الكتابة
هنا انفسخت برضاها ويعتبر الفسخ هنا باختيارها وكل فسخ ثبت باختيار العبد ظهر في حق سلامة
عدم سلامة الاولاد والاكتساب وفي عدم سلامتها له ضرر ظاهر وما ذكر في اعتاق المكاتب من جعله
راضيا بالفسخ فهو منظور فيه لان الفسخ بالاعتاق لو كان برضا العبد لم يسلم له الاكتساب فكان في
ضررا انما يبقى المكاتبة في حق الاكتساب مع انفساخها اذا كان الانفساخ جبريا اجباريا فالاولى
في الاعتاق ان يقال ان الكتابة تنفسخ في ضمنه والفسخ الضمني من المولى لا يتوقف على رضا المكاتب انما
المتوقف عليه الفسخ قصدا ونقول في انفساخ الكتابة هنا تنفرد المكاتبة وان لم يظهر الانفساخ
في حق الاكتساب وذلك انه تحول الى المستولد الاول والناس مختلفون في الطلب فبعضهم يطلبون
باحسن وجه وبعضهم يقضون باسوء طريق فلا يتبين المنع في انفساخ الكتابة هاهنا مع نفعها في الاكتساب
فلا يثبت الرضا منها بالفسخ دلالة والكتابة لا ترتفع الا برضا العبد صريحا او دلالة ولم يوجد هنا قوله ويضمن شريكه كمال
عقرها وقيمة الولد قلت ينبغي ان يكون مقدارا لا قيمة على قول ابي حنيفة لان وجوب القيمة في ولد المغرور لان المالية تتعلق

في الولد حرية فيقضي الآن و هنا الولد يتبع لامه وهي غير متقومة فكذا الولد فلا يوجب القيمة فكان حرًا
بدون القيمة قلت عن ابي حنيفة رحمه الله في تقوم الولد روايتان فيكون متقومًا على هذه الرواية
فكان حرًا بالقيمة كذا في الشاهان وفيه نظر لما ذكره الشارح المحقق في باب البيع الفاسد ان الروايات
عن ابي حنيفة اتفقت انها لا تضمن بالبيع واذا كان في تقوم الولد روايتان لكان ينبغي ان يكون
عنه روايتان في كونها مضمونة بالبيع والغصب لان ضمانهما يدور مع التقوم وجودا وعدما على ان
القيمة انما تجب على المغرور بالمنع من المالك كما في ولد المغصوبة حتى يعتبر قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع
وبالمنع يصير غاصبًا وقد ذكر الشارح مصرحًا ان ام الولد لا تضمن بالغصب عنده باتفاق الروايات فينبغي كذلك
وأجاب الشارح بقوله قلنا قد قيل هذا الجواب على قولهما واما عند ابي حنيفة رحمه الله فينبغي ان لا يقضي
بشيء من قيمة الولد لان حكم الولد حكم الام فلا يقضي باسباب الضمان ثم لفظه فان قلت كيف يكون هذا الجواب
على قولهما وهما انما يقولان بتقوم الولد فيما لا يوجب القيمة على الثاني لان الولد رقيق عندهما
وليس بحر بالقيمة قلت كانه اراد ان هذا الجواب من ابي حنيفة على ما قالا في تقوم الولد ينبغي ان يقضي
كمال قيمته على اصل من يقول بتقومها وان من لا يقول بالضمان بوجه اخر فالاظهر ان يقال ان ابا حنيفة رحمه الله
لما حكم بحرية الولد زعمًا منه انه ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة اوجب القيمة ايضا باجماعهم
على خلاف القياس صرح بهذا في الذخيرة في كتاب الغرور حيث قال اشترى ام ولد لرجل او مدبرة او مكاتبة
من غير المولى فوطئها فجاءت بولد فان على المستولد قيمة الولد والعقر للمولى في المدبرة وام الولد
وقيمة الولد والعقر للمكاتبة وهذا الجواب ظاهر في حق المدبرة وفي حق ام الولد هذا الجواب
ظاهر على قولهما مشكل على قول ابي حنيفة لان ولد ام الولد لا يضمن بالبيع والغصب عنده فكيف يضمن
بالغرور وقوله ان ايجاب ضمان الولد بالغرور ثابت باجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم اجمعوا على ان
ولد المغرور حر بالقيمة بلا تفصيل الا ان ايجاب ضمان الولد في بعض المواضع حصل على موافقة القياس
كما في ولد الامة والمدبرة لان المستولد منع مالا متقومًا عن المستحق وكان ضامنًا بالنص [illegible] في
ام الولد الضمان على قول ابي حنيفة رحمه الله ثابت باجماع الصحابة بخلاف القياس من الوجه الذي قلنا
هذا لفظه ولقائل ان يقول ان وجوب قيمة الولد في مسئلتنا ليس بناء على ان ام الولد معصومة عنده في
رواية ولا يجب ان يكون في هذه المسئلة ايضا روايتان وكذا يجب ان يكون في مسئلة الذخيرة ايضًا
روايتان وليس هذا بناء على قولهما ولكن هذا مشكل وهو ان ولد المغرور قد يكون حرًا بلا قيمة اذا وجد
المانع من ايجابها الا يرى انه اذا اغار اهل الحرب على قرية المسلمين فسبوا الاولاد والمدبرات والمكاتبات
واحرزوهن بدارهم وقسم بينهم فاستولدوهن ثم اسلموا او صاروا ذمة كانت من دورهم على مواليهن لانهم
لم يملكوا بالسبي واولادهن ثابت النسب من الاباء لانهم وطئوهن بشبهة الملك فكانوا بمنزلة المغرور وولد
المغرور ثابت النسب منه فكذا هولاء الاولاد ولا عقر على الاباء لانه بدل منفعة البضع ولو اتلفوا
حال حربهم لم يضمنوا فلذا اذا كان اتلفوا منافع بضعهن ولا شيء عليهم قيمة الاولاد وان صاروا

مستهلكين الاولاد على الموالي بحكم الغرور لانهم حال ما وطئوهن كانوا حربيين وذكرنا وجوب الضمان عليهم بالاستهلاك
سائر جزائهن فكذا باستهلاك هذا الجزء وهو الولد بحكم الغرور وكذا ذكر في الذخيرة فانه اثر المغرور
ايجاب القيمة على اهل الحرب المغرورين لكونه مخالفًا للقياس لم يجب عليهم باجماعهم على ان ولد المغرور
بالقيمة من غير تفصيل فكذا ينبغي ان لا تجب قيمة ولد المغرور اذا كان ولد ام ولد للغير عند ابي حنيفة لان
عدم تقوم مانع من ايجاب قيمته وجوابه ان عدم تقوم ام الولد وولدها مجتهد فيه فلا يجوز تقييد الاجماع
المطلق به وفي مسئلة اهل الحرب الجواب قيد بالاجماع بدلالة اجماع اخر وهو انه لا ضمان عليهم فيما اتلفوا
حال حربهم ولا دلالة تصلح مقيدا للاجماع اخر هذا والكلام بعد محل النظر وقد ذكرنا هذا البحث مع جوابه في
باب دعوى النسب فان رغبت فعليك به قوله بخلاف المكاتب لانه لا يجوز ابطال الكتابة
اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبًا قلت لما اقدم على شرى المكاتب مع العلم بان الكتابة لا تحتمل الفسخ
فقد رضي ببقائه مكاتبًا فيجب ان لا يفسخ في حق انتقاله الى المشتري ويبقى مكاتبًا فيما وراءه حتى يعتق
باداء البدل الى المشتري كما لا يفسخ ههنا في تكميل الاستيلاد وانتقاله الى المستولد مع بقاء الكتابة فيما
وراءه حتى يعتق باداء البدل اليه ولا ضرر في حق المكاتب بانفساخ الكتابة في حق الانتقال مع بقائها
فيما سواه لان المكاتب لا يرضى ببطلان الكتابة في حق الانتقال الى المشتري ايضا لانه ربما يتضرر به
بالانتقال لانه اذا انتقل الى المشتري لصار مكاتبًا له فيتحول حق طلب البدل اليه والناس متفاوتون
في طلب الدين والاستيفاء فبعضهم احسن طلبًا وبعضهم اسوء فيتفاوتان بين طلب اللئيم واقتضاء
الكريم لانا نقول لا يرضى ببطلان الكتابة في حق الانتقال الى المستولد لما فيه من تحول طلب لضعف
البدل وانه ربما يتضرر فيه قوله لانه بمنزلة المغرور وقد يقال بان المغرور من غيره كمن تزوج
امرأة زعمت انها حرة فاذا هي امة والشريك الثاني هنا مغتر وليس بمغرور لانه وطئها اعتمادا
على انها ملكه في الظاهر من غير ان يخبره غيره احد فيكون مغترا لا مغرورًا والموجب لحرية الولد هو الغرور
دون الاغترار فان من تزوج امرأة على ظن انها حرة من غير ان يخبره احد ثم استحقت فاولاده
ارقاء مع انه تزوجها معتمدا على ان الظاهر في بني ادم هو الحرية وجوابه ان المغرور والمغتر سواء في حرية الولد
بالقيمة لاستوائهما في العلة فان كل واحد منهما لا يرضى برق مائه صرح بهذا في الذخيرة الا ان ولد
المغتر انما يكون حرا بالقيمة اذا اعتمد على دليل والمعتمد على ظاهر الحرية ليس بمعتمد على الدليل اذ الظاهر
ليس بدليل للوطء اما الشريك الثاني فقد اعتمد في وطئها على دليل وهو الملك القائم له فيها
فيكون كالمغرور قوله ما قبل العجز فليس له ان يفسخ الى قوله فلا يتغير نصيب صاحبه لانه مكاتب
قبل ذلك فان قلت بالاعتاق يتقرر حكم الكتابة حتى لا يحتمل الفسخ وقد كان محتملة قبل الاعتاق
وللتأكيد حكم الابتداء قلت التأكيد لا يربو على حقيقة الايجاب ولو كاتب احد الشريكين نصيبه لا يفسخ
لصاحبه شيئا فكذا اذا قرر حكم كتابته وفيه نظر لانه انما لا يفسخ لشريكه اذا كانت نصيبه من عبد
مشترك لان لشريكه ان يفسخ الكتابة فلا يتكاتب عليه نصيبه فلا يتحقق التعدي في حقه حتى لو صار احد

الشريكين مكاتبا باعتاق الاخر نصيبه عند ابي حنيفة نصيبه ضامنا لانه افسد عليه ملكه فكذا اذا
اكد حكم الكتابة فلا نسلم ان ابتداء ايجاب الكتابة لا يوجب الضمان حتى لا يملك الالحاق التاكيد
به بل ذلك يوجب الضمان اذا تحقق فكذا اذا اكد فاعرف قوله واذا كان العبد بين رجلين دبره
احدهما ثم اعتقه الاخر الى اخره قلت ذكر هذه المسئلة بلايم باب التدبير او كتاب الاعتاق
فاما ذكرها في كتاب المكاتب في هذا الباب كتاب العبد المشترك وليس فيها كتابة من احد الشريكين
بل فيها تدبير احدهما ثم اعتاق الاخر او اعتاق احدهما ثم تدبير الاخر فلا يلايم اصلا وغاية ما يمكن
ان يقال ان الكتابة والتدبير من واحد لان كلا منهما من شعب الاعتاق فلا باس ان يذكر
احدهما في باب الاخر قوله وان دبره لم يبق له اختيار العتق لانه لما شرع التدبير تعرض با
للمعتق عن الضمان لان نصيبه كان فيما حين اعتق فكان تضمينه اياه متعلقا بشرط تمليك العين
بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف ما اذا دبر احدهما ولا ثم اعتق الاخر فهناك نصيبه
كان مدبرا حين اعتق المعتق فلا يكون بشرط التضمين تملك العين ولهذا اذا غصب مدبرا فمات
او ابق يضمن اما لو غصب قنا ثم دبر المالك برئ الغاصب عن الضمان وذلك ان غصب القن
وقد وقع موجبا للضمان بصفة تملك العين ولما دبر لم يبق صالحا للتمليك والموجب لا يبقى
موجبا الا بتلك الصفة بخلاف غصب المدبر فانه وقع موجبا للضمان بصفة عدم تملك العين فيبقى
موجبا كذلك ولكن هذا انما يتم لو ثبت ان المدبر المغصوب اذا صار قنا لفسخ التدبير سقط عنه
الضمان لان غصب المدبر اوجب الضمان بصفة عدم التمليك وبعد ما صار قنا انقضا لو وجب
الضمان لوجب بصفة التملك والموجب لا يبقى موجبا الا بتلك الصفة
ضربت لا بلا العذر اي عيب في الشرع لاظهار ما يدفع به اللزوم قوله ابو يوسف لا يعجز حتى يتوالى
عليه نجمان قلت ذكر ابو يوسف عليه في الامالي اذا كانت متفاوتة فانه يعجز اذا عجز عن نجم
واحد ويرد في الرق وان كانت النجوم مستوية لا يرد في الرق ما لم يتوال عليه نجمان قوله لقول علي اذا
اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق فان قلت التعليق لا يوجب العدم قوله ثم ولكن بمعنى
انه لا موجب بقائه على العدم بل جاز ان يثبت بدليل يوجبه اما كون المعلق معدوما على خطر الوجود
حالة التعليق فلا بد منه لصحة التعليق لاستحالة تعليق الموجود فمقتضى لا ثر المذكور انتفاء ولاية
الفسخ لمضي نجم عند التعليق ثم لم يوجد دليل يوجبه فبقي معدوما كما كان وما ذكر من دليل المفهوم
فذلك غير مسلم عند ابي يوسف على ان الشيخ الامام فخر الاسلام ذكر في بحث الشرط ان صيغة الشرط
لا تنفك عن معناه وهو العدم عند العدم فلو التزمنا ذلك فالتعليق على عدم المشروعية بدون الشرط
قوله والاثار تتعارض فان قلت اذا تعارضت الاثار وجب ان لا يرد في الرق اذا عجز عن نجم واحد لان
ولاية الفسخ لم تكن فلا تثبت عند المعارضة على ان التوفيق ممكن بان يحمل المروي عن علي على ما اذا كانت النجوم متساوية
والمروي عن عمر على ما اذا كانت متفاوتة كما ذكر ابو يوسف في الاولى اجيب بان ولاية الفسخ ان لم يكن

ثابتا فلا منع في ثبوته بدليل توجيه وقد وجد الدليل المعقود كما ذكر في الكتاب ولا مانع من اعتبار
سوا الاثر على رضي الله عنه وقد سقط بالمعارضة والتوفيق على كونها ذكر ليس باولى من العكس
ثم يشكل بان يعارض الاثار اذا كانت مما يعقل كتعارض الاقيسة وانه لا يوجب الاسقاط بل يجب العمل
باحدهما بالتحري من الاثرين هنا معقول المعنى حيث ذكر الدليل المعقول من كل جانب قوله واما
زيد بن ثابت فان قلت اثر الصحابي ليس بحجة عندنا اجيب بان فيه قولين عن اصحابنا في قوله
لان حقه اكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه اي جانب المولى حتى لا يتمكن من فسخه اما في جانب
العبد فغير لازم لتمكنه من الفسخ بدون رضا المولى بالتعجيز كذا في الشرح وذكر في الايضاح ولا ينفسخ
الكتابة بموت المولى وكذا بموت المكاتب بل جانب المكاتب اولى بالرعاية لان الكتابة لازمة في حق
المكاتب دون المولى لكانه حصل الضرر في قوله في جانبه للعبد وان ... حصله للمولى ... طاهر
اما ذكر المذكور في الايضاح فلان المراد بلزوم العقد في جانب العبد هو عدم تمكن المولى من فسخه ولهذا
المعنى العقد لازم في حق العبد لان المولى لا يتمكن من فسخه غير لازم في حق العبد لان العبد يتمكن من
الفسخ بالتعجيز ثم ما ذكر من ان حق العبد اكد من حق المولى من حيث ان المولى لا يتمكن من فسخه بلا رضا
او قضاء والعبد يتمكن منه رواية كتاب العتاق ورواية كتاب المكاتب ان العبد ايضا لا يتمكن من فسخ
الكتابة بالتعجيز بلا قضاء قوله والموت اتى للمالكية قلت بل الامر بالعكس الا يرى ان مالكية الزوج
يبقى بعد موته حتى صح ان يغسل المنكوحة ومملوكية المراة لا يبقى بعد موتها حتى لا يصح ان يغسلها
زوجها عندنا وهذا لانه لا يبقى بعد الموت الا ما يتعلق به حاجته وانه محتاج الى المالكية فيبقى
بعد موته حتى بقيت التركة على حكم ملكه عند قيام الديون ولهذا يعدم جهاز ثم ديونه وصحت
وصاياه كلها فاما المملوكية فمقهورية لا تتعلق بها شيء من حاجاته فيجب ان تبطل بعد الموت اجيب
او تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة كذا في الشرح فان قلت لو اريد بسبب الاداء
العقد لا يستند الى زمان العقد وليس كذلك بل الاستناد الى ما قبل الموت اجيب بان الماثبت
الاستناد بالفروع وهي تندفع بالاستناد الى ما قبل الموت فلا يستند الى اول العقد ثم انهم
اختلفوا فمنهم من قال بانه يعتق بعد الموت بان يقدر حيا قابلا للعتق ومنهم من يقول يعتق في اخر
جزء من اجزاء حيوته والى هذا القولين اشار المص بهذا الترديد ويرد على الاول انه لو جنى ابن المكاتب
عن معتقه بعد موته من وقائم عقل موالي الام من جنايته يرجعون بما عقلوا على مولى المكاتب بعد اداء
بدل الكتابة فلو كانت الحرية ثابتة بعد الموت لكان ينبغي ان لا يرجعوا بما عقلوا الى مولى الاب كما
لو عقلوا في جناية قبل موت المكاتب فانهم لا يرجعون هناك على مولى المكاتب بعد عتقه لعدم استناد
الحرية الى ما قبل الجناية فلو لم يكن حرية المكاتب مستندة الى ما قبل الموت لكان جناية ابنه من معتقه
بعد موته كجناية قبل موته وهناك لا يرجعون على مولى الاب فكذا ههنا ويرد على الثاني انه لو ترك جزء المكاتب
المكاتب ولدا في كتابته فمات قريب الولد قبل اداء بدل الكتابة ثم ادى الا يرث الولد قريبه بعد الاداء ولو كان

اثر الصحابي ليس بحجة عنده واما
انه حجة فلان

واولاده ثابتة قبل الموت بالاستناد لكان الولد حرا حال موت القريب فيلي او يرث منه وليس كذلك وكذا لا يرث ولد المولود لحرا ان قبل اداء الكتابة ولو استندت الحرية الى اجزاء الحيوة لورث الا ان يجاب بان العتق في اخر اجزاء الحيوة يثبت بالاستناد بطريق الغروق فلا يظهر في حق قريب الولد المولود الا يظهر في حق ولد الولد الحر لان ذلك ليس من حقوق كتابة ابنه فلا يظهر الاستناد في حقه قوله فان ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد وفي الذخيرة اذا مات المكاتب عن وفاء ودانت مكاتبة وحكم بحريته في اخر جزء من اجزاء حيوته حكم بحرية الولد وام الولد ايضا في ذلك الوقت واذا مات لا عن وفاء ويسعى الولد وام الولد والام في بدل الكتابة على نجوم المكاتب حكم بحرية الولد والام وحكم بحرية المكاتب مقصورا على الحال والحاصل ان الوفاء يستند العتق الى اخر اجزاء حيوة المكاتب وفي سعاية الولد المولود في الكتابة لا يستند اليه بل يقتصر على الاداء وانما جاز الفرق باعتبار انه اذا مات عن وفاء فقد مات لا عن خلف لان المال لا يصلح خلفا حال بقاء المال ولهذا الا يبقى النجوم ولا يعطى للميت حكم الحيوة وقت الاداء فمست الضرورة الى الاستناد واذا مات لكن وفاء فقد مات عن خلف لان الولد يصلح خلفا عنه حال انعدام المال ولهذا بقي المال منجما فاعطي للميت حكم الحيوة الى حين الاداء فيعتق للحال تبعا الى هذا لفظه وهو يخالف لفظ الكتاب من قوله حكمنا بعتق ابيه قبل موته قوله فلا يرى اليه حكم لكونه منفصلا وقت الكتابة وكان ينبغي ان يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل صار كانه مات عن وفاء كذا في الكافي وقد يشكل بان المكاتب اذا مات عن ابن اشتراه في كتابته فادى الابن مكاتبته بعد موته لا يقبل منه حوالة الاب كالابن المشترى في ان كلا منهما لم يدخل في الكتابة وانما يكاتب عليه تحقيقا للصلة بقدر الامكان والفرق ان الولد كسب المكاتب فيعتبر كسبه ككسب المكاتب ويجعل كانه مات عن وفاء اما كسب الاب فلا يمكن ان يعتبر كسبه ككسب المكاتب حتى يجعل كسبه كوفاء بتركه المكاتب ولا حاجة مناسبة الى تصحيح اداء الابن المشترى في الكتابة لحاجته الى نيل شرف الحرية فيعتق باداءه ويعتبر المكاتب تبعا له في العتق بخلاف ما اذا مات عن ولد حيث لا يعتق باداءه لانه لا يحتاج الى تصحيح اداءه لعدم حاجته الى الحرية فان قلت ما جوابه عما تعلق به ان المولى يملك اعتاق الابن المشترى من حيث انه مانع للمكاتب ليجيء الولد المولود ومن حيث ان الكتابة اليه يشبه من مكاتبه قصدا فعلنا بصحة اعتاقه من المولى عملا بشبه الولد المولود ولا يثبت الاجل في حقه عملا بشبه مكاتبة المكاتب ولم يعكس لان صحة الاعتاق من لوازم الكتابة والاجل من العوارض فلو اعتبر كالداخل في كتابة المولى في حق صحة الاجل وانه لا يلزم عقد الكتابة لزمنا ان نجيز كونه في الاعتاق ايضا فلم يتحقق العمل بالشبهين ثم تعاقل ان يقول اذا لم يسر الكتابة الى الولد المشترى في حال الكتابة بل يجعل شراء في كتابة تحقيقا للصلة كما مر في الاشتراء ايه لزمه ان يكون ولاؤه للمكاتب دون متبوع كما يكون ولاء ذوي الرحم المحرم المشترية والولاء هنا للسيد لان كلا من المكاتب والولد المشترى يعتق باداء البدل الى السيد والولاء لمن عتق المكاتب بالاداء اليه والله اعلم قوله لان بالعجز يتقرر ملك المولى عن غير تشبه الى الكسب

[illegible]

المالك

المكاتب بملك المولى كاكساب القن لكن ملكا غير متقرر لاحتمال بطلانه باداء بدل الكتابة اذ لو لم يدخل في ملك احد لكانت سائبة ولا سائبة في الاسلام وهذا يقتضي ان لا يحل لانه لا يتبدل الملك بالعجز الا لا خبث في الصدقة انما الخبث في فعل الاخذ لما اخر ما ذكر وتعامل ان يقول التاكيد في حكم الايجاب المقيد في قواعد الشرع ولو كان الملك للمولى ابتداء لما حقيقة لطابت له ما في يد المكاتب من الصدقات بعد العجز فكذا اذا كان في حكم التملك الابتدائي باعتبار ان التاكيد حكم الايجاب كما قالوا فيما اذا شهدوا للطلاق قبل الدخول ثم رجعوا انهم ضمنوا المال الذي اداه الزوج اليها لانهم وان لم يوجبوا النصف لانه كان واجبا بالنكاح لكنهم اكدوه لان الملك كان على شرف السقوط بالارتداد وتمكين الزوج فلما شهدوا بالطلاق فقد اكدوه لو كانهم اوجبوه ابتداء فيضمنوه وكما قالوا في محرم اخذ الصيد وقتله محرم اخر انه يجب الضمان على كل من الاخذ والقاتل اما على الاخذ فلان تعرض الصيد للاطراد واما القاتل فلانه قد رده وللمتقرر حكم الاخذ في الكتاب قوله وله ولد من حرة اي معتقة بدليل ما سيأتيك من قوله وان اختصم موالي الام موالي الاب انما يكون لها موالي اذا كانت معتقة لا حرة اصيلة قوله وترك دينا انما قال دينا لانه لو ترك مالا عينا لو دي بدل الكتابة منه في الحال فيقضي بالدية على موالي الاب قوله لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان حكم بقاء كتابة الاب ان يقضي بالدية اذا جنى ولاه بعد موته على موالي الام قبل اداء بدل الكتابة ثم اذا ادى بدلها وحكم بعتق ابنه في اخر جزء من حيوته يرجع موالي الام الى موالي ابيه فيكون القضاء بالدية على موالي الام بشرط انه لو عتق الاب بالاداء رجع موالي الام الى موالي الاب تقرر لحكم الكتابة فلا يكون فسخا لها بخلاف ما اذا اختصم موالي الام وموالي الاب بعد موت المكاتب عن وفاء في ولاء المولود ميراثه فيقول موالي الام ان ولاءه متقرر علينا وميراثه لنا لان المكاتب مات عبدا متمسكا بقول من يقول ان المكاتب اذا مات عن وفاء مات على نعت الرق وانفسخت الكتابة ومالي موالي الاب ان ولاءه بعد اداء بدل الكتابة مستقر علينا فميراثه متمسكا بقول من يقول ببقاء الكتابة بعد موت المكاتب عن وفاء وعتقه بعد الاداء في اخر جزء من حيوته فاذا قضى القاضي بالاستقرار الولاء لموالي الام وحكم بارث الولد لهم وقد حكم بانفساخ الكتابة بموته عن وفاء اخذا بقول البعض فينفذ القضاء لصادقته مجتهدا فيه فوضح الفرق بين المسئلتين لان القضاء في المسئلة الاولى قضاء بالدية على موالي الام بحيث يرجعون على موالي الاب اذا عتق بالاداء وميراث الولد لا يستحق الا من تقرر الولاء له فحيث قضى بميراثه لموالي الام فقد قضى بتقرر الولاء لهم وانه يتضمن القضاء بانفساخ الكتابة حيث لا يتقرر الولاء لهم الا بانفساخ الكتابة ولما قضى بانفساخها فقد صادف قضاؤه فصلا مجتهدا فيه فينفذ بالاجماع قوله لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ قلت هذا يخالف ما ذكره الامام فخر الاسلام على البزدوي ان الصدقة سميت اوساخا قبض العمر قربة مطهرة للمرء من نجاسة الاثام فيصير الاوساخ كالماء

المستعمل قال النبي عليه السلام يا بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس وعوضكم منها بخمس الخمس وقد كانت النار تنزل في الامم الماضية المستعمل منها لخبثها وصيرورتها من الاوساخ كالماء المستعمل واجلب لعن الامة بعد ان يثبت خبثها بشرط الحاجة والعزوج كالحل الميت بالضرورة كذا في البزدوي وحواشيه قطع هذا الفقه ان الخبث يمكن في نفس الصدقة واليه اشار الله في كتابه الطاهر حيث شبه الماء المستعمل بالصدقة فقالوا هو طاهر غير طهور لانه ملاقي الطاهر لا يوجب النجس الا انه اقيمت به قربة فتغيرت صفته كالصدقة لفظه وهذا اشارة الى ان الخبث يمكن في نفس الصدقة لا كما قال بعضهم قوله لا خبث في نفس الصدقة الا انه يشكل بما تقرر ان الفقير اذا اباح للغني لم يحل له التناول فلو لم يكن في نفس الصدقة لجاز التناول للغني اذا اباحه الفقير اذا استغنى وابن السبيل اذا وصل الى وطنه فالفرق بين ما اذا اباح الفقير الغني وبين ما اذا وصل ابن السبيل الى وطنه مشكل اللهم الا ان يلزم جواز التناول للغني عند اباحة على هذا الطريق كما هو مختار بعض المشايخ على ما ذكر في الذخيرة وقد وقع التصريح به في بعض الحواشي وقد ذكرنا في الشهادات في فصل الاخذ لا تستوي النافلة والمفروضة وجوابه ذكر في اول الكتاب فعليك به قوله لانه بالعجز عين تبدل الملك حتى ان المكاتب لو اجر منه طعيرا او اجرت المكاتبة نفسها ظئرا تنفسخ الاجارة بالعجز لان المولى يملك الكتابة بالعجز ملكا مبتدأ فكاتب العقد واقعا للمكاتب فلو بقي لبقي للمولى وهذا لا يجوز كما اذا مات المؤجر او المستأجر ولا ينقض عند ابي حنيفة ويوسف لان العقد ورد بسبب ملك المولى قائم وهو ملك الرقبة الا انه ثبت له نوع ملك لحاجة الى الاداء فبالعجز يتقرر ملك المولى فلا يبطل العقد كما لو تقرر للمكاتب بالعتق قوله اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي قوله التقييد بقوله ولم يعلم بالجناية اشعار بانه لو كان عالما فالجواب غير هذا ولكن ذكر في الايضاح ما يدل على ان الجواب في الفصلين واحد حيث قال ولو علم ان المولى كاتب عبده الجاني وهو يعلم ثم عجز فان كان خوصم قبل ان يعجز فقضى القاضي بالدية ثم عجز لم يدفع القضاء لان الموجب قد استحكم فيه باتصال القضاء وان لم يخاصم فيه حتى عجز كان له ان يدفعه لان الدفع لم يثبت على سبيل الاحكام لاحتمال ان ارتفاع فوات الدفع بالعجز وروي عن ابي يوسف انه يصير مختارا بالكتابة لانه تعذر الدفع باعتبار زوال اليد واليد انما تعود بسبب جديد كذا ذكره رحمه الله في باب جناية المملوك نقلا عن الايضاح ثم انه اذا لم يعلم بالجناية حتى كاتب فاذا خوصم قبل العجز يقضي القاضي بالقيمة لا بالدية نص عليه في الكافي وعلله بقوله لانه لما كاتبه وهو يعلم لزمته قيمته لان اختيار الفداء لم يثبت وقد امتنع الدفع بفعله فيلزمه قيمته فاذا علم بالجناية ثم خوصم قبل ان يعجز يقضى بالدية كما ذكر في الايضاح فقد افترقت الكتابة بعد العلم بالجناية ثم كاتب قبل العلم بها في انه لو خاصم المكاتب قبل العجز فيما اذا علم بالجناية ثم كاتب يقضي القاضي بالدية واذا خوصم قبل العجز فيما اذا لم يعلم بالجناية

حتى كاتب تقضى بقيمة العبد وان كانت الكتابتان لا يفترقان في انه لو خوصم المكاتب بدفع او يفدي بالدية في الوجهين ولكن المذكور هو الحكم بعد العجز من قوله يدفع او يفدي وبعد العجز قبل الخصومة الحكم فيما اذا كاتب بعد العلم بالجناية او قبل العلم بها واحد وهو العود الى الحكم الاصلي من الدفع او الفداء ثم ما ذكر في الكافي من قوله لان الفداء لم يثبت وقد امتنع الدفع بفعله فيعدم قيمته مشكل لانه كما لا يصير مختارا للفداء بالكتابة قبل العلم بالجناية لا يصير مختارا له بالكتابة بعد العلم بالجناية ايضا لاحتمال الكتابة الفسخ وكون المانع عن الدفع قابلا للزوال فلا يثبت الانتقال عن الموجب الاصلي لا بالقضاء او بالرضا فاذا لم يكن مختارا للفداء وقد امتنع الدفع بفعله يلزم قيمته بعين ما ذكر فيما اذا كاتب قبل العلم بالجناية وقد ذكرنا من الايضاح انه يقضي في هذا الوجه بالدية ثم المدبر وام الولد اذا جنى يلزم المولى الاقل من الارش والقيمة لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة فيجب الاقل منهما وكذا اذا جنى العبد او الامة ثم دبره او استولدها وهو لا يعلم بالجناية يجب الاقل من القيمة والارش وكما لا يصير مختارا بالكتابة الجاني حال عدم العلم بالجناية ارتفاع المانع من الدفع فيجب ان يوجد بالاقل من الدية والقيمة تحيث وقع انه تقضى بالدية فكانه اراد اذا كانت الدية اقل من القيمة وحيث وقع انه تقضى بالدية فكانه اراد اذا كانت القيمة اقل من الدية فلا منافاة وفي حاشية الكبير عند قوله وان جنى عبد مكاتبة سيبين جاهلا بالجناية دفع او فدى انما قيد به اي بقوله جاهلا بها لانه لو كان عالما بالجناية عند المكاتبة يصير مختارا للفدية بهذا اللفظ وانه خلاف الرواية لما ذكر من الايضاح والى يشير التعليل المذكور في الكافي لما ذكرنا ثم ذكر في الايضاح قبل هذا انه لو كاتب العبد الجاني كتابة فاسدة فان كاتبه على خمر او خنزير يصير مختارا للفداء بمجرد العقد بخلاف البيع الفاسد فان هناك لا يصير مختارا للفداء قبل التسليم الى المشتري والفرق ان موجب عقد الكتابة الفاسدة ثبت بنفس العقد وهو التعليق بالعتق بالاداء فكانت الكتابة الفاسدة نظير البيع بعد القبض كذا ذكره رحمة الله عليه ايضا في باب جناية المملوك ولا يخفى ان المولى اذا اختار الفداء بكتابة العبد الجاني كتابة فاسدة فلان لا يكون مختارا له بالكتابة الصحيحة وكيف لا يكون مختارا للفداء بالكتابة وانه يصير مختارا بالبيع بشرط الخيار للمشتري وان البيع غير لازم في حق المشتري لكن لزم في حق البائع كذا الكتابة ان لم يكن لازمة في حق العبد لتمكنه من فسخها بالتعجيز وهي لازمة في حق المولى فيكون بها مختارا للفداء كما يصير مختارا له بالبيع بخيار المشتري فكانه قيد بقوله ولم يعلم ليكون الجواب على الاتفاق قوله بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال ويقال بل التدبير يحتمل الانفساخ بقضاء القاضي فيلتحق بالبيع قبل القضاء اللهم الا ان يعتبر التدبير فان انفساخ التدبير بالقضاء نادر فكان ملحقا بالعدم قوله لانا نجعله ابراء اقتضاء لحقيقة ان الاعتاق من الورثة لما تعذر حقيقة لعدم الملك لهم في المكاتب وجب ان يجعل مختارا عن السبب للعتق بلا عوض والسبب له بلا عوض لا يكون الا ابراء عن البدل فقدرنا الابراء

اقتضاء تصحيحا للنسب ولا يمكن ان يجعل الاعتاق مجازا عن الابرا اذ لا ملازمة بين الاعتاق والابرا
في اصل الوضع وفيه نظر اذ النسب للاعتاق ههنا ليس الا الابراء مقتضى يجب غير المقتضي وبالجملة
انه ان اريد بالاعتاق حقيقته لم يصح لعدم تصور الاعتاق من الورثة لانعدام الملك لهم فلا يتصور
صحة المقتضي وان اريد النسب للاعتاق لم يمكن اثبات الابرا اقتضاء ولكونه عين النسب للاعتاق ههنا
مجازا في حصول العتق من قبلهم لاستلزامه ذلك كما انهم قالوا حصل عتقك من قبلنا ولم يحصل العتق
من قبلهم الا بالابرا انه من بدل الكتابة فيثبت الابرا اقتضاء صحح ايراده بعد الكتابة لكلام
اسقاء الولاء في المكاتبة باعتبار معنى العوضية اعتبارا بالبيع **قوله** ويشبه العتق على ملكه في الصحيح
احتراز عن قول اكثر اصحابنا فانهم يقولون تشبيه الاعتاق لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق فانه
ضعيف ولكن من ورث قريبه فعتق عليه كان المولى له ولا اعتاق كذا في الشرح وفيه نظر لان الاكثر
لا يقولون بالولاء في هذه الصورة نص عليه في الشاهان حيث ذكر فيه **قوله** في الصحيح نفي ما قاله
بعضهم ان سببه الاعتاق فصدهم اذا ملك قريبه معتق عليه لا يثبت الولاء لعدم الاعتاق فالاولى
ان يقال في وجه الصحيح ان الولاء يضاف اليه يقال ولاء العتاق ولا ولاء الاعتاق والاضافة دليل السببية
قوله حتى عتق قريبه عليه ولو سلم ان الولاء ههنا اذا اعتق القريب بالارث يثبت لمن اعتق فلو ايضا
ليس حجة على من جعل السبب هو الاعتاق اذ الاختلاف لفظي راجع الى السبب هو الاعتاق بمعنى ثبوت
العتق من قبله ولو بغير اختيار منه او العتاقة حجة الاول قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق رتب
الحكم على المشتق فيكون معلولا بمأخذ الاشتقاق وهو الاعتاق لا بمعنى ان يكون معتقا بالاختيار بل بمعنى
ان يتحقق من قبله العتق ولو بغير اختيار منه ووجه الثاني اضافة الولاء الى العتاقة حيث يقال ولاء العتاقة
والاضافة دليل السببية بالوراثة كان الولاء له **قوله** وان كان الولاء في صورة الوراثة بالاتفاق
كما اشار اليه الشارح كان هذا ابتداء ودليل على قوله في الصحيح وان كان على الاختلاف كما ذكر
في الشاهان كان تفريعا **قوله** لانه عتق على معتق الام مقصودا فرق هنا بين الولد القائم في بطنها
عند اعتاقها والولد الذي يعلق بعد اعتاقها فجعل للاول معتقا قصدا والثاني تبعا للام بطريق
السراية كيلا ينفصل عن الحرية ولو رقيق وبنى عليه الا ان الولاء لا يجر في الاول الى مولى الاب اذا
اعتق وفي الثاني يجر ولكنه ذكر في كتاب الاعتاق انه اذا اعتق حاملا عتق حملها تبعا اذ هو متصل
بها بهذا اللفظ فقد نص بان الحمل يعتق باعتاق الام تبعا مقصودا على خلاف ما نقرره هنا من انه يعتق مقصودا
حتى لا يجر ولاه ابدا ولو كان عتقه تبعا للام اذا عتقت وهي لا تجر ولاه ايضا ذهب انه اراد
بما تقرر من قوله عتق حملها تبعا انه لا يحتاج الى اعتاق على حدة ولكن لفظ الكافي ثمة لا يقبل التاويل حيث
قال عند قوله تبعا اذ الصفات الشرعية الحكمية الثابتة في الامهات تسري الى الاولاد وهذا كلام
وانه تصريح باعتاق الحمل اعتاق انه بطريق السراية حيث اليه لا مقصودا وهكذا ذكر في الذبائح في الجواب لهما
من قبل ابي حنيفة في مسئلة ان ذكوة الام هل يكون ذكوة للجنين حيث يعتق باعتاقها لئلا ينفصل عن الحر ولو رقيق

وسيا

وسيأتيك ان شاء الله وجوابه ان الحمل جزء من حيث انه ينفصل عنها بالمقراض وسعي سفسطة
ويتغذى بغذائها وتنفسه على حدة حتى يجوز نفسه لا يجوز حتى يجب له دية على حدة لكن حيث انه
جزء يعتق باعتاق امه اذا كان في بطنها عند اعتاقها مقصودا لان اضافة الاعتاق اليها اضافة
الى جميع اجزائها ومن حيث انه نفس على حدة يعتق باعتاقها تبعا بطريق السراية فان قيل بانه يعتق
مقصودا فله وجه كما ذكر هنا وان قيل بانه يعتق تبعا وبطريق السراية كما ذكر في الاعتاق والذبائح
فله وجه ايضا ثم كونه مقصودا باعتاق يقتضي ان لا ينجر ولاه الى مولى الاب وكونه تبعا يقتضي ان
ينجر قلنا لا ينجر ولا يبطل ولاء موالي الام بالشك وفي مسئلة الذبائح ايضا بالاحتياط لان جهة الجزئية
تقتضي ان يحل بذكوة الام وجهة الاصالة تقتضي ان لا يحل احتياطا هذا ولكن تعالى ان يقول فعلى
هذا لو اعتق الاب اولا ثم اعتقت الام وهي حامل وجب ان يكون الولاء لمولى الاب لان جهة كونه مقصودا
بالاعتاق يوجب ان يكون الولاء لمولى الام وجهة كونه تبعا تقتضي ان يكون لمولى الاب والاصل كون
الولاء الى الاب لانه كالنسب فلا يعدل عنه بالشك **قوله** فان اعتق العبد من الاب والابن عن موالي
الام لما ان الاصل ان يكون الولاء لموالي الاب فان قلت الجر انما يثبت عند التيقن بعدم الولد
عند الاعتاق ولم يتيقن ههنا لانه يجوز ان يلد اكثر من ستة اشهر من وقت الاعتاق فلا يثبت الجر
بالشك **قوله** الحوادث تضاف الى اقرب الاوقات فيكون العلوق بعد عتق الام فيثبت الجر كذا في
الشاهان وفيه نظر لان المطلقة الرجعية اذا ولدت لاقل من سنتين بيوم لا يكون رجعة لانه يحتمل
العلوق بعد الطلاق فكان رجعة واحتمل قبل الطلاق فلا يكون رجعة ولا يثبت الرجعة بالشك
ولا يخفى ان العلوق حادث مع ذلك لم يضف الى اقرب الاوقات وهو ما بعد الطلاق حتى يكون رجعة
فلا بد من وجه الفرق ووجه الفرق يخرج مما ذكر في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق فعليك به
ووجه الاول ان الحادث ان كان يضاف الى اقرب الاوقات واحتمال حدوثه قبل ذلك ثابت والرجعة
لا يثبت مع الاحتمال حيث يتعلق به الحل وانه لا يثبت مع الشبهة بخلاف الاعتاق مقصودا وتبعا
فانه يثبت مع الشبهة فلا منع من الاضافة الى اقرب الزمان في حقه نعم يشكل بان هذا تمسك بالظاهر لاثبات
الاستحقاق لان الحادث انما يضاف الى اقرب الزمان باعتبار الظاهر والحاجة هنا الى اثبات استحقاق الولاء
للاب فالاولى ان يقال ان الاصل ان يكون الولاء للاب لانه بمنزلة النسب والنسب الى الاب الا ان
اعتاق الولد مقصودا يمنع الولاء وفيما اذا ولدت لاكثر من ستة اشهر وقع الشك في كونه مقصودا بالاعتاق
فلا يثبت المانع بالشك والموجب للجر وهو عتق الاب فقد تحقق فيعمل به **قوله** وبعد الطلاق الرجعي
لانه يصير مراجعا بالشك فاسند الى حالة النكاح وفيه بحث لان الاحتراز عن ضرورة صيرورته مراجعا بالشك
ان كان يمنع الاضافة الى ما بعد الطلاق فلا يوجب الاضافة الى حالة النكاح بل يكفيه التردد بين ان يكون
العلوق قبل الطلاق او بعده كما اشار اليه المصنف في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق حيث قال وان جاءت المطلقة
الرجعية بالولد لاقل من سنتين بانت من زوجها لانقضاء العدة وثبت نسب ولدها لوجود العلوق في النكاح او في العدة

ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك هذا لفظه قوله
فان كان للمعتق عصبة بالنسب قيل بالنسب احتراز عن العصبة السببية وهو مولى الموالاة فان
المعتق مقدم عليه كذا في شرح الكنز ولا يقال كيف يتصور ان يتقدم المعتق على مولى الموالاة للمعتق
وسيأتيك ان المعتق ليس له ان يوالي احدا لانا نقول جاز ان يكون لرجل مولى العتاق ومولى الموالاة بان
سبى كافر فاعتقه ثم اسلم السبي ووالى رجلا وولدت اولادا وكان اولادها لمولاها دون مواليه نظرا
لولاء العتاقة على مولى الموالاة على ما مر تقريره في الكتاب قوله بدليل الحديث الثاني قلت وفي قوله عليه السلام
كنت انت عصبته اشارة خفية اليه والا كان المناسب ان يقول كنت انت وارثه قوله
وتأويله اي وتأويل قوله وان لم يكن له عصبة فميراثه للمعتق اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال
سوى حال الفرض وهو العصوبة كالاب اما اذا كان فله اي فلصاحب فرض ذي حال الباقي بعد فرضه
ولا شيء للمعتق لانه اي لان صاحب فرض ذا حال سوى حال الفرض عصبة فعلى هذا المعنى قوله ما روينا متصل
بقوله فميراثه للمعتق اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال واحد فله اي للمعتق الباقي بعد فرضه اي
فرض صاحب فرض ذي حال واحد لانه عصبة اي لان المعتق عصبة على روينا من قوله عليه السلام ولو مات ولم
يترك وارثا كنت عصبته وهذا الوجه وجه لانه علل قوله فله الباقي بقوله لانه عصبة على روينا واي
اشارة الى قوله كنت انت عصبته فهذا يقطع بصحة المعنى الثاني واما حمل قوله على ما روينا متصلا بقوله
فميراثه للمعتق على معنى ان ميراثه ثابت لاجل ما روينا فبعيد جدا ولانه لو كان المعنى اذا لم يكن هناك
صاحب فرض ذو حالة سوى حال الفرض وهو العصوبة لم يحتج الى هذا التأويل
اذ لو هناك صاحب فرض وهو عصبة لا يكون ميراثه للمعتق تعلق على عدم العصبة فلا يكون
ميراثه عند وجود صاحب فرض هو عصبة لعدم الشرط لكان تعليق الميراث على عدم
وجود العصبة معينا على التأويل قوله للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن
او كاتبن الخ انما قال الا ما اعتقن ولم يقل الا من اعتقن لان من العقلاء عمرى يجري غير العقلاء كذا قيل وفيه نظر لان هذا التوجيه
انما يستقيم ان لو كان المراد بقوله ما اعتقن النساء وليس كذلك لان الولاء كما يثبت باعتاق الجارية
يثبت باعتاق الغلام فكونه النساء والرجال وغاية ما يقال ان اكثر ما يعتق المرأة الجواري ما لم يقتن
ما لا يمكن في الغالب الا الجواري واما قوله عليه السلام ايما مسلم اعتق الله بكل عضو منه عضوا من النار يكون الا نفع في حق
اعتاق الجواري ليكون كل عضو من المعتقة معتقا بكل عضو من المعتقة فكان اعتاقهن في النساء اغلب منه
في الرجال فغلب النساء على الرجال فاستعمل لفظ ما لكونهن يجري غير العقلاء ثم النكتة اللطيفة في استعمال كلمة
ما دون من هو انه على ان الاولى بحال النساء ان يعتقن من جنسهن الا بسبب حاجة اليه انما جوزنا الاصل
الذي اسقط هو اسقاط حق المطالبة الى وقت بالنص بخلاف القياس لحاجة اليه واما ما ذكر
في الكافي من ان تأجيل الدين تأخير للمطالبة لا لاسقاط فيه نظر لما ذكرنا من التصريح في الكفالة ان التأجيل
ابرأ موقت قوله لا يصير مأذونا فان قلت اذا رأى القاضي الصغير او عبده يبيع ويشتري فسكت لا يكون مأذونا

مع ان للقاضي ان يأذن اليتيم وعبده اجيب بان سكوت المولى انما يجعل اذنا دفعا للضرر عن العامة
فان الناس يستدلون بسكوته على كونه مأذونا منه اذ العادة جارية بالمنع اذا لم يكن المولى راضيا بتصرفه
وله ولاية المنع والاذن البتة بخلاف القاضي فانه لا يثبت له الولاية الا عند عدم ولي آخر فلا يكون ذلك
فلا يعتقد الناس لولايته حتى يستدلون بسكوته على اذنه فيتضررون وابعد ما قيل في الجواب من ان الاذن
من القاضي قضاء والقاضي لا يثبت بالسكوت ففيه ضعف كما هو معروف بالتأمل قوله لان كل من رآه يظنه
مأذونا فيه الخ لان العادة جرت باذن من لا يرضى بتصرف عبده نهاه عنه ولو اذا انه جعل سكوته
اذنا دلالة دفعا للغرور عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا عنه فيتبايعونه كذا في الكافي وفيه بحث
لان المولى ربما يأمره ببيع شيء من املاكه او بشراء شيء ويكون هذا استخداما منه اذ ما كان يمكن من بعد
فجاز ان يكون سكوت المولى اذا رآه يبيع ويشتري رضا بفعله باعتبار انه امره به باستخدامه بذلك
لا باعتبار انه اذنه في التجارة حتى يصير مأذونا في التجارات اللهم الا ان يكون المسألة مفروضة فيما اذا رآه يبيع
ويشتري وقد قامت القرائن على انه يتصرف بطريق تجارة لا خدمة قوله وهذا لانه اسقاط الحق وفك
الحجر قلت التوكيل ايضا اسقاط عند محمد رحمه الله كما نص عليه في الكتاب في اخر كتاب الوكالة حيث قال
محمد رحمه الله ان الوكالة اطلاق لانه وقع المانع اما الوكيل يتصرف بمعاني قائمة به هذا كلامه مع ان
الوكالة انما خصصه الموكل به عند من جعلها اسقاطا فليس قوله ولا يتخصص بنوع دون نوع فان قلت
اذن له ان يتزوج امرأة بعينها لم يملك العبد ان يتزوج غيرها بل تخصيص الاذن بالتجارة لما خصه
قلت النكاح يتصرف مملوك للمولى عليه لانه لا يجوز الا بولي اما الولاية نفسه او غيره عليه والرق يخرجه
من يكون اهلا للولاية على نفسه نائبا عن المولى في النكاح ولهذا يجبره على النكاح فاما هذا التصرف
بغير مملوك للمولى عليه الا لا يملك المولى البيع والشرى بدونه اختيارا فكان الاذن في التجارة
اسقاطا لحقه انابة في النكاح انابة فلا يبيع لان يتصرف النائب على قدر انابة الاصل كذا في الشرح
وفيه نظر اما اولا فلان المولى لو باشر تزويج العبد عند حضرته مع رجال آخر واحد لا جاز لانتقال
كلام المولى المنسوب الى النائب غير معقول واما ثانيا فلانه لو يكن مالكا للنكاح بل مملوكا ينبغي ان
لا ينفذ نكاحه بعتقه كما لا ينفذ شراء بعد العتق وذكر له الاصول ان الرق لا ينافي مالكيته غير المال
وهو النكاح والدم والحياة الا يرى ان نكاحه منعقد من غير اذن المولى حتى يشترط حضرة الشهود عند
النكاح دون الاذن ولهذا لو اعتقه المالك قبل الاجازة ينفذ وانما يتوقف على اجازة لان النكاح
لم يشرع خاليا عن المهر في جانبه بدون رضا المالك احتراز به وانما ملك المولى اجباره على النكاح لما فيه
من تحصين ملكه عن الزنى بملك النكاح كما ملك الدم والحياة فلا يكون نائبا عن المولى في النكاح
كما لا يكون نائبا عنه في امر الدم والحياة الا انه يشكل عليهم بانه لو كان مالكا للنكاح
لما تخصص اذنه بامرأة عينها بل يعم كالاذن في التجارة وغاية ما يمكن
ان يقال ان العبد وان كان يملك النكاح لنفسه ففيه شبهة السادة من حيث انه لا ينفذ

نكاح الا باذنه فباعتبار شبهه البنائية قلنا ان على المولى اجرة لا يجوز نكاحه وغيرها بدون
اذنه احتياطا قوله لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالتكسب ولا يمكن من الاكتساب
الا بالتجارة لانا نقول لانه لم يطلب منه الاكتساب بالتكدى فكان اذنا في التجارة كذا في الكافي
قوله لا يتمكن من الاكتساب الا بالتجارة نظر لان الاكتساب لا ينحصر في التجارة فتزويج الامة
ايضا من الاكتساب لملك المهر والنفقة وليس بتجارة وكذا الكتابة اكتساب للمال ولهذا يملك
تزويج الامة والكتابة المكاتب الذي هو يملك الاكتساب فيجب ان يملك الماذون الذي صار
ماذونا بقوله ادّ الى الغلة ولكن تداطلق المسئلة بان الماذون لا بالتجارة قوله
ولهذا ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة قلت هذا اذا صار ماذونا بالاذن بالتجارة
اما اذا صار ماذونا بالاذن بالتجارة واما اذا صار ماذونا بضرورة تعليق عتقه بالاداء بقوله ادّ الى
الغلة فيجب ان يملك ما كان من باب الاكتساب وان لم يكن من باب التجارة كالكتابة وتزويج
الامة اذ الاداء يتوقف على الاكتساب لا على التجارة خاصة الا يرى ان المكاتب يملك ما كان من باب الكسب
وان لم يكن من التجارة لاحتياج الى الاداء ويكفيه مطلق الاكتساب فكذا العبد الذي صار ماذونا لضرورة
تعليق عتقه بالاداء المال الى المولى واطلاق المسئلة هنا يقتضى ان الماذون مطلقا لا يملك تزويج الامة
قوله ولهذا لا يملك تزويج العبد تفريع على ان الماذون لا يملك الا بالتجارة وليس تنا بعيد لجواز
ان لا يملك تزويج العبد ويملك تزويج الامة كالمكاتب فانه لا يملك تزويج الامة وان لم يكن تزويج
العبد قوله والاب والوصى ذكر في المكاتب لهما ولاية تزويج الامة فجاز ان يكون في المسئلة
روايتان او يحمل ما اطلق في المكاتب على قيد الطلاقة عن الطلاق المذكور هنا ويكون ماذكرها
بيانا لذلك المجمل وتقييد الذكر المجمل المطلق كذا في بعض الشروح وجاز ان يقال
لا مخالفة فما ذكر في المكاتب ان لهما ولاية التزويج كانه اراد به تزويج امته عند غيره امام الحرم
وما ذكر هنا انه على الطلاق اراد به تزويج امته من عبده فانه لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وروى
عن ابي يوسف انه جائز فيكون المعنى على هذا الطلاق العتيق الماذون والمضارب او الشريك شركة عنان
في تزويج الامة من عبد غيره والاب والوصى في تزويجها من عبده قوله لانه ليس بتجارة اذ هي التجارة مبادلة
المال بالمال وقد يقال الماذون يملك ان يأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح مع انه ليس بمبادلة
المال بالمال قوله والبدل فيه مقابل بسكر الحجر فان قلت ان البدل فيه مقابل بفك الحجر ابتداءً
فاما بعد الاداء فتصير مقابلا بالرقبة وينتقل من فك الحجر اليها كما في الاجارة فيكون البدل ابتداءً
مقابلة العين ثم ينتقل منها الى المنافع عند تحققها اجيب بان كونه مقابلا بفك الحجر ابتداءً يكفي
لخروجها عن كونها تجارة بكل وجه فلا يتناولها مطلق التجارة ويقال ايضا الكتابة ليس معاوضة
في الحقيقة بل هو عقد كرم فلا يدخل في مطلق التجارة نعم يشكل بان البدل في الكتابة لو كان مقابلا بفك
الحجر ان لا يسقط اذا اعتق المولى المكاتب لان ما هو مقابل بالبدل من فك الحجر قد سلم للمكاتب لسلم ما يقابله من البدل للمولى

تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة وحيث يسقط البدل عند الاعتاق لزم ان يجعل البدل مقابلة الرقبة
التي هي مال فكان تجارة قوله لانه تبرع محض اي ابتداء والا فهو معاوضة انتهاء فلا ينافي ما مر في كتاب
الهبة من قوله والعوض تبرع من وجه عقد ضمان من وجه وما مر في فصل باب الربوا ان الاقراض اعارة ابتداء
معاوضة انتهاء قوله الا ان يهدى اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه قوله ومحمد لم يقدر لذلك
مقدارا فيكون العبرة للعرف فيما يعد التجار سرفا فيما بينهم وفيما يعد سرفا ملك بخلاف الصدقة
فانه قدر ذلك بما دون الدرهم لان التصدق بما دون الدرهم ممكن وبهذا القدر جرى التعارف
بتجويزه من المولى للعبد فاما الهدايا والضيافة لا يهتدى بما دون الدرهم
والتاجر يحتاج اليها فيفوض التقدير الى العرف ثم انما يملك الهدية بالماكول من الفاكهة واللحم والخبز لا
بالذهب والفضة والامتعة والحيوان والحنطة والحيوان لان العرف في هذا الماكول لا في غيره كذا في بعض
الفتوى وبهذا علم ان المراد بالطعام المهيا للاكل كالخبز وان اليسير من الهدية هو ما لا يعد سرفا فيما بين التجار
قوله ما حيط التجار انه بضم التاء وتشديد الجيم جمع تاجر وقد صح في بعض الحواشي هذا اللفظ هنا في موضع
بكسر التاء والجيم المخفف مصدر كقتال وانه بعيد لان اسناد الحطاية يأباه اذ الحط انما يكون من التاجر
لا من التجار بمعنى المصدر اللهم اذا جعل المصدر بمعنى الفاعل اي ما يحيط التاجر ولكنه بعيد فكانه قصد
بيان محتمل اللفظ وان كان بعيدا قوله ويندفع الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه فان قلت ذكر
من بعد انه يبتدأ بالكسب بالاستيفاء فلو كان المبيع الذي هو من كسب العبد باقيا كيف يباع العبد
قوله جاز ان يكون المبيع الذي اشتراه العبد وادى ثمنه ثم قبضه المولى ولا دين على العبد ثم ركبته
ديون ليبيع فانه اذا كانت حال المبيع هكذا لا يوجد المبيع من يد المولى بدين العبد بل يباع
اذا لم يكن له كسب كذا في الشرح لا يقال دخول المبيع في ملك المولى على هذا الطريق موهوم فلا يعتبر لان
ضرر المولى في تعلق الدين برقبته ايضا موهوم فعقد يلحقه الدين وقد لا يلحق فاندفاع هذا الضرر الموهوم
بهذا النفع المتوهم وفي الحاشية فان قلت لا نسلم دخول المبيع في ملكه يتعين وملكه يثبت بعد فراغ
العبد عن حاجته ومن حوائجه قضاء الدين ولم يتفق قلت لما تعلق الدين برقبة العبد
فرغ المبيع عن حاجته وهو قضاء الدين فيملكه المولى هذا لفظه وفيه نظر لانا سلمنا قوله لما تعلق
الدين الخ ولكن الشأن في التعلق فالدين لا يتعلق بالرقبة ما دام الكسب قوله لانه لو لم يمكن
من الحجر عليه فلا يحصل الكسب بكماله اشياء يمكن ان يلغو ما حق استيفاء الماذون المديون فلا يمكن
من ابطال هذا الحق بالحجر فلا يصرهم وجوابه ان حق الاستيفاء وان كان لا يبطل بالحجر فالاذن
يبطل بالحجر فلا يتمكن العبد من التجارة بعد حجره ونفع التجارة البلغ والوصول الى ماله يتمكن من قضاء الدين
من المال بالتجارة او قضى منه باستيفاء فلو لم يكن له اخذ عليه مثله يحجر عليه فيعود نوع ضرر بالغرماء
قوله بطل البيع فان المشتري اذا علم انه يباع ثانيا يمتنع عن الشراء لا يقال انه يباع في النفقة من بعد
لقوله مع انه فيه اتلاف البيع لان دين النفقة كلما يباع الى ان لا يبقى الكسب فيباع وفيه ويحكم الى البيع فانه يقتضي الى الامتناع

قوله بخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر بالمرافعة الى الحكام وعرض الحال على الامام قلت
نعم اذا كان الغاصب مقرا وكانت له بينة عادلة عليه فاما اذا كان لم يكن وجب ان لا يبقى الاذن كما
لا يصح بيع المغصوب من غير الغاصب اذ ذاك في ظاهر الرواية وذكر في الذخيرة الجواب في باب الغصب
على التفصيل فقال ان يبقى للمالك امكان الاخذ بان كان الغاصب مقرا او كانت للمالك بينة حاضرة
عادلة لا يمنع ابتداء الاذن لانه اذا بقي امكان الاخذ كانت ولاية البيع في وصية وكسب عن الغاصب
ومن غيره قائمة فيصح الاذن فلذلك بقي وان لم يكن للمالك امكان الاخذ بان كان الغاصب جاحدا
ولم يكن له ذلك منه يمنع ابتداء الاذن لزوال ولاية البيع في كسبه ورقبته فيمتنع بقاء الاذن ايضا
قوله ولا يستوجب المولى على عبده فان قلت انما لا يستوجب لعدم المانع والمانع هنا موجود حيث
يأخذ المولى الثمن من كسبه بعد ان لم يكن له ذلك قلت بل انما لا يستوجب لان ذمة العبد ضعيفة لا يحتمل الا
في حق المولى الا بعد ان تنضم اليه رقبته وكسبه اليه وضم مالية الرقبة اليها متعذر في حق دين المولى يكون
الرقبة مملوكة له فشرطنا لبقاء دينه في ذمة العبد تعلقه بعين من اعيانه مكان تعلقه بالرقبة
في النقصان الذمة فلم يبق التعليق بالعين لم يبق الدين قوله لان يد المحجور غير معتبرة له
فان قلت يشكل بما اذا استودع عبد رجلان وديعة ثم مات لم يكن لمولاه ان يأخذ الوديعة تاجرا
كان العبد او محجورا عليه فلو لم يكن ليد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته بل جعل وجوده وعدمه
بمنزلة فعلم ان ليده اعتبارا وان كان محجورا قلت تلك المسئلة مؤولة ذكرنا تاويلها في الذخيرة
فقال وهذا اذا لم يعلم المودع ان الوديعة كسب او مال للمولى اما اذا علم انه كسب العبد او مال
المولى فللمولى ان يأخذ كذا في الشرح يشكل بان المصنف قد تمسك لمسئلة الوديعة في كتاب
المضاربة على ان للعبد يدا معتبرة حيث قال واذا اشترط المضارب لرب المال ثلث الربح وبعد
ثلث الربح على ان يعمل معه وله ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا
واشتراط العمل اذنا له ولهذا لا يكون للمولى ولانه اخذ مالا اودعه العبد وان كان محجورا فان كان
كذلك لم يكن مانعا في التسليم والتخلية هذا كلامه فلو لم يكن مسئلة الوديعة دليلا على ان للعبد يدا
معتبرة لم يستقم هذا الاستدلال من المصنف اصلا على ما ذكر من انه اذا لم يكن المودع عالما بانه مال المولى
او كسب العبد لم يكن للمولى ان يأخذ من يده يكفي لاثبات ان للعبد المحجور يدا معتبرة ثم المصنف
صرح هنا بان يد العبد المحجور ليست بمعتبرة واشار في المضاربة بقوله لان للعبد يدا معتبرة خصوصا
اذا كان ماذونا الى ان له يدا معتبرة والتوفيق بينهما صعب الا ان له يدا معتبرة من وجه دون
وجه وذلك لانه ادمي ومال فمن حيث انه ادمي جعلنا يده معتبرة في الحفظ والاستحفاظ ومن حيث
انه مال لم يجعل له يدا فيما يرجع الى ابطال حق المولى من الاقرار بما في يده للغير عملا بالجهتين جميعا
قوله لان العبد يتبدل بتبدل الملك قلت اعتبر هنا تبدل الملك في حكم تبدل العين في حق
المتعاقدين وهكذا ذكر في الكافي هنا وقد نص فيه في باب المهر في مسئلة ما اذا تزوجها على عبد

فوهبتها

فوهبته له قبل القبض او بعده ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع عليها بشيء لان ذلك بالنظر الى غير المتعاقدين
كما في هبة الدين اما بالنظر اليهما فلا ينزل منزلة اختلاف الاعيان قوله وان المصحح
اليد فاما فيه اشارة الى ان اقرار العبد المحجور لا يعتبر في استهلاك رقبته حتى انه اذا لم يعتق
ما في يده مما عليه من الاقرار لا تباع رقبته فيها اجماعا وذكر ان صحة الاقرار لما كان باعتبار اليد
لم يصح اقراره في رقبته لان رقبته ليست فان قلت كذا ملكه ثابت في رقبته هذا مما لا حاجة له لاجماعهم
ان هذا الاقرار لا تباع رقبته قلت ورقبته قيد اتفاقي بدليل قوله وان لم يكن الدين محيطا بماله
نظيره قوله وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن بان لم يكونوا دخلتم بهن
فلا جناح عليكم فتامل قوله خلافة فان قيل المولى كيف يتلقى الملك من العبد بجهة الخلافة والعبد
ليس بعبد باهل للملك ليستقيم كونه اهلا للملك ينتقل الى غيره اذا فرغ عن حاجته وهذا لان العبد من حيث
انه ادمي بمنزلة الحر ومن حيث انه مال مملوك مطلقا كالدابة لم يكن اصلا فعملنا بانه يملك ملكا منفصلا
عملا بالجهتين كذا في الكافي وهذا اشارة الى ان العبد يملك ملكا منتقلا واشار في الوكالة الى انه
لا يملك اصلا حيث قال ثم قيل الملك في باب الشراء يثبت للوكيل ثم ينتقل منه الى الموكل والصحيح
ان الملك يثبت للموكل ابتداء خلافة عنه اي بدلا عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد
يتهب ويصطاد فان المولى العبد في الملك هذا كلامه ووجه الاشارة ظاهر وايضا قد علمنا ان جهة
الادمية في اثبات ملك اليد والتصرف ونحوهما مما هو ليس بمال وجهة المالية في عدم اثبات
ملك الرقبة فلا حاجة هنا الى اثبات ملك ينتقل في الرقبة عملا بالجهة الادمية وقد كتبنا موته في
اثبات ملك اليد والتصرف فالاولى ان يقال ان الملك يتصور للعبد من حيث انه ادمي وهذا القدر من
التصور يكفي لثبوت الملك لغيره خلافة او نقول اصل الملك في وهو ملك التصرف المقصود من ملك الرقبة
ثابت للعبد فينزل ذلك منزلة ثبوت ملك الرقبة له قوله فاذا اعتق المولى الماذون وعليه
ديون محيطة جاز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء ونقل ان يقول اذا اعتق
المولى العبد الجاني مع العلم بالجناية كان مختارا للفداء فيطالب بارش المقتول لانه لو فدى الفداء بالارش
وبالاعتاق قد اختار العبد الفداء فيطالب بالارش وان كان قيمته اقل من الارش المقتول
وهنا لو اعتق العبد الماذون المديون مع العلم بالدين يجب عليه قيمة العبد مع انه لو اختار فداه
لفداه بقضاء الدين دون اداء قيمته فوجب ان يكون بالاعتاق مختارا للدين فيواخذ كل الدين
فالفرق بين اعتاق العبد الجاني بعد العلم بالجناية واعتاق العبد الماذون المديون مع العلم بكونه
مديونا من حيث ان اعتاق الجاني يورث الارش على المولى واعتاق المديون لو وجب قيمته لا دين الغرماء
مع ان الاعتاق في المسئلتين اختيار للفداء وجعل المديون بقضاء الدين كما ان فداء القاتل بارش
المقتول مشكل وجوابه ان الموجب الاصلي في جناية العبد خطأ انما هو ارش المقتول غير انا جعلنا
للمولى ولاية الدفع تحرزا عن استيصاله فاذا اختار ان يكون العبد له او يعجز الدفع من قبل بالاعتاق

وجب عليه الارش اما العبد المديون فللغرما فيه البيع والاستسعا جميعا فاذا اراد ان يستخلص
العبد لنفسه فقد منعهم عن البيع والاستيفاء الحق ناقصا وكذا عن الاستسعا واستيفاء الحق كاملا فعليه ان
يقضي دينهم لانه منعهم عن استيفاء كل الدين بالاستسعا فاما اذا اعتقه فلم يمنع عن الغرما الا بيعهم
اذ حق الاستسعا لا يبطل بالاعتاق فلهذا قلنا عليه في الكافي حيث قال مدبر مديون اعتقه المولى لا يغرم شيئا
لانه لم يتلف حق الغرما لان حقهم كان في استسعا المدبر وهو باق بعد كلامه واذا كان حق الاستسعا
باقيا بعد الاعتاق لم يكن المولى بالاعتاق المأذون المديون مبطلا حق الغرما في الاستيفاء كل الدين
بالاستسعا انما يكون مبطلا حقهم في البيع فاستيفاء الحق من قيمته لا غير فلا يغرم الا قيمته هذا ولكن لما كان
حق الغرما في الاستسعا باقيا وجب ان يكون الغرما مخيرين بين استسعا العبد المعتق وبين تضمين المولى
قيمة العبد لان لا يجب الضمان على المولى حتما كما لا يخفى قوله والمولى ضامن قيمته للغرما فان اختيار
المجتهد كاختيار الشارع من حيث ان كلا منهما محمول على الوجوب قوله حتى كان لا حدهم الاستخلاص
باداء قيمته تصريح بان للوارث ان يستخلص العين باداء قدر قيمته الى القديم لا كما ذكر في الفصول ان الدين
اذا كان زايدا فللورثة استخلاص التركة باداء جميع الدين لا بقدر التركة كالعبد الجاني او فداه
المولى بعد موته بموجب الارش هذا لفظه ولكن القياس على العبد الجاني مما يتامل فيه لان حق الغرماء انما ينتقل
بعد موت المديون الى التركة بعد ما يمكن اداؤه منه وهو قدر قيمته فلو ادى الوارث ذلك القدر اليه
كان مؤديا حقه اليه كملا بخلاف ما اذا جنى العبد اذ الواجب هناك ارش المقتول على عاقلة القاتل
ولا عاقلة للعبد الا مولاه فيطالب بموجب الجناية غير انا اثبتنا له ولاية الدفع تحرزا عن استيصاله
فاذا لم يدفع طولب بالواجب وهو الارش نعم يشكل الفرق بين الوارث والمولى من حيث ان الوارث
يستخلص التركة باداء قيمته على ما ذكره المصنف رح والمولى اذا اراد ان لا يباع عبده المأذون
في الدين يقضي كل الدين لا قدر قيمة العبد فحسب كما يشير اليه قوله فيما بعد حتى كان لهم ان
يبيعوا الا ان يقضي المولى دينهم فان ظاهره يقتضي انه لا يمنع بيع الغرماء العبد المأذون الا اذا
قضى المالك دينه سواء كان الدين قبل القيمة او اقل او اكثر قوله ان للغرماء حق استسعاء العبد المأذون
واستيفاء حقهم تاما كاملا كان لهم ان يبيعوه تاجرا يستوفون حقه ناقصا معجلا فحيث اراد
المولى استخلاصه يجب عليه اداء كل الدين وليس للغرماء في التركة حق الاستسعاء اما اذا لم يكن فيها غلام
او جارية فظاهر وكذا اذا كان لان العبد انما يسعى في دين وجب عليه اداؤه وهذا الدين واجب
دون العبد فلا يستسعى فيه فلا يكون حق الغرماء الا في قدر قيمته فللوارث ان يستخلصه باداء قيمة
التركة فلا يجب عليه قدر الدين كما هو مختار المصنف نعم يشكل بما اذا اعتق العبد المأذون المديون حيث
يجب قيمته كما ذكر المصنف وينبغي ان يجب عليه كل الدين لان الغرماء كان يمكن بالاستيفاء دينه
بالاستسعاء وقد ابطله بالاعتاق وجوابه الله اعلم قوله حيث لا يجوز اصلا فان قلت ينبغي انه يجوز
مع التحجير رفع الى باه وفسخ البيع اجيب بما مر في كتاب النكاح في قوله كم من واقع لا يرفع لان كل

كل احد لا يحسن المرافعة الى القاضي ولا كل قاضي يعدل وههنا هو الغدر لان حنيفة رحمه الله في البيع مع المولى
بالعين قوله تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم
فان قلت حقهم التام المؤخر والناقص المعجل وقد وصل اليهم الثاني فينبغي ان يردوا البيع لفوات حقهم التام المؤخر
قوله وقد رضوا بسقوط حقهم حيث اخذوا الثمن فلا يكون لهم رد البيع كذا في الشاهان وفيه نظر اما اولا فلان
هذا التاويل على هذا المعنى يستدرك بقوله فلهم ان يردوه اذ معناه لهم ان يجوزوه ولهم ان يردوه
والاجازة اما بالتصريح او بالدلالة واخذ الثمن اجازة دلالة فكما يستدرك كما لا محاباة في البيع فالوجه ان يقال
واما ثانيا فلانهم لو رضوا بالبيع وفيه محاباة في البيع ووصول الثمن يسقط حقهم فلا بد حينئذ في قوله ولا محاباة في البيع فالوجه ان يقال
اراد بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع ووصول الثمن وافيا بديونهم ليس لهم ان يردوه لان الثمن اذا كان
بمثل القيمة يكون وافيا بالدين غالبا اذ الناس قلما يعاملون باكثر من مالية الرقبة فكنى بوصول الثمن حال
عدم المحاباة عن وصوله وافيا بديونهم والثمن متى كان وافيا بالديون ووصل اليهم فلا خيار لهم لوصول حقهم
اليهم كاملا وانما الخيار اذا لم يكن وافيا او لم يصل وبهذا يسقط ما ذكر الشارح ان حق العبارة ان يقول تاويله
اذا باع بثمن لا يفي بديونهم بل الاولى ما قال بالمعنى الذي ذكرنا لانه لو قال بهذه العبارة لم يحصل الغرض
ايضا لان البيع بثمن واف لا يسقط ولاية الرد ما لم يصل الثمن اليهم كتاب الغصب قوله
قوله اخذ مال محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حقيقة او حكما لما اذا امتنع المودع
الوديعة عند الطلب او منع الغاصب زوائد المغصوب عند طلبهما لان للمالك ولاية
الاسترداد فلما منعه كان مزيلا ليده تقديرا قال الشارح ذكر مسئلة في اوايل فتاوى قاضي خان
بخالفه وكذا ذكر في الذخيرة وقال رجل غصب عجولا فاستهلكه وليس لبن ام قال ابو بكر البلخي يضمنهما
قيمة العجول ونقصان الام حيث اوجب نقصان الام وان لم يفعل الغاصب فلا يزيد يد المالك
الا لكن قلت الاموال يضمن بالاتلاف مباشرة او تسببا على وجه التعدي كالوضع في فارعة الطريق
فرأى شاة وطورا بالغصب فالضمان لا يستلزم الغصب وان كان الغاصب يستلزمه ووجوب
ضمان نقصان الام انما هو بالاتلاف تسببا لا بالغصب فلا مخالفة قوله ومن غصب شيئا له مثل
اي عند الغاصب فلا يرد ما اذا غصب مسلم خمرا الذمي حيث يجب عليه قيمته للذمي لا مثله وان كان
مثليا لانه لا مثل له عند المسلم اذ المسلم ممنوع عن تملك الخمر قوله ولابي يوسف انه لما انقطع
الح قال الشارح تقديم قول ابي يوسف رحمه الله في التعليل اما لانه المختار قوله لاثبات الاقوال
الثلاثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان اول الاوقات يوم الغصب ثم يوم
الانقطاع ثم يوم الخصومة فاورد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة قلت وفي الوجه الاول نظر
لما عرف من دأب المصنف انه يؤخر المختار وبالتاخير استدل الشارح على اختيار
غير موضع منها ما قال في ادب القاضي عند قوله ويكره تلقين الشاهد واستحسنه
ابو يوسف رح حيث قال تاخيره دليل ابي يوسف رح يشعر بالاستحسان كما ذكر دليل على ان

المختار عنده قوله ومنها ما ذكر في باب الوصية بالسكنى عند قوله فاذا فعل احد الايجابين
فذلك الجواب عند ابي يوسف رحمه الله وعلى قول محمد رحمه الله الاثلث للموصى بها والولد بينهما
حيث قال ثم تأخير تعليله وذكر جوابه عما قاله ابو يوسف رحمه الله واطلاق الرواة والتعليل على
مذهب محمد رحمه الله من غير خلاف احد في اصول الفقه لشمس الائمة وفخر الاسلام كل ذلك دليل
على ان المعول عليه قول محمد رحمه الله ومنها ما ذكر في الوصية في مسئلة ان انكار الوصية هل يكون
رجوعا ام لا حيث قال فيه تأخيره دليل محمد رحمه الله يدل على انه اختار قوله ومنها ما ذكر في كتاب
الحيض عند قوله قال محمد رحمه الله المال بينهما حيث قال فتقديم قول محمد رحمه الله مع
تأخير دليله يدل على ان المختار عنده قوله قوله وبهذا الوصف الى اخره اي لا يجبر على القبول
لدى الغاصب بالقيمة بعد الانقطاع ولو كان انتقل اليها بالانقطاع يجبر كما في غير المثلي وكما اذا
قضى القاضي بالقيمة كذا في الشاهان قلت هذا يشعر الى انه يجبر على قبول القيمة في غير المثلي لمجرد
الهلاك وذلك خلاف ما ذكر المصنف رحمه الله في الصلح من ان حق المالك في غير الهلاك باق وانما
ينتقل الى القيمة بالقضا بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب
وقد قال في قبيل باب التبرع بالصلح ان حق المالك في غصب المثلي في عينه في الهلاك
حتى لو كان عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه وحقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان
مقدر بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء وهو تصريح بان الحق في غصب غير المثلي انما ينتقل الى القيمة
بالقضاء كما في المثليات اذا انقطع المثل وقد اشار الى خلاف ذلك الا ان يقال ما اشار اليه هنا
ان الحق في المثلي انما ينتقل الى القيمة بالقضاء وفي غير المثلي بمجرد الغصب اراد به ان نفس وجوب
القيمة بالقضاء وفي غير المثلي بنفس الغصب وما ذكر في الصلح من ان الانتقال في غير المثلي
الى القيمة بالقضاء وفي غيره اراد به انقطاع حقه عن العين وتقرره في القيمة ولا شك
ان القيمة كانت تجب في غير المثلي بنفس الغصب فالحق انما سقط عن العين وتقرر في القيمة
بالقضا فلا منافاة لان ما اشار اليه هنا من وجوب بنفس الغصب لا ينافي ما صرح به في الصلح
من ان الانتقال بمعنى انقطاع حقه عن العين وتقرره في القيمة بنفس الغصب لا يثبت الا بالقضاء
لا ينافي ما حقه في العين وعدم تقرره في القيمة كيف وقد اجمعوا على ان حقه عن العين لا ينقطع وكان
الموجب الاصلي للغصب بعد وجوب القيمة نعم يشكل الفرق على ان اصل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بين
المثلي اذا انقطع ولم يرد المثل على قول من يقول بان الموجب الاصلي للغصب هو رد العين ورد القيمة
مخلص بان القيمة على قوله انما تجب في غير المثلي بعد تحقق العجز عن الايجاد الغصب كما انها تجب
في المثلي اذا انقطع المثل عند تحقق العجز في المثلي بعد في غير المثلي قيمته يوم الغصب باتفاق الروايات
وفي المثلي تعتبر يوم القضاء او يوم الانقطاع وكان ينبغي على قوله ان يستوي الفصلان الا ان يقال
القيمة ان كانت تجب في غير المثلي بعد العجز عن العتق لا بمجرد الغصب كما وجد بعقد سببا

لوجوب

لوجوب القيمة لانها هي الاصل فيه فيستند الوجوب الى اول الغصب فيعتبر قيمته يوم الغصب
اما في المثلي فلا ينعقد الغصب سببا لوجوب القيمة كما وجد بل ينعقد سببا
لوجوب المثل لانه هو المقدم لكن العجز عنه يصير سببا بطريق الانقلاب فلا يستند
الوجوب الى الغاصب بل يقتصر على يوم القضاء فيعتبر قيمته يوم العجز لا يوم
السبب في حق القيمة قوله لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد
اي على صاحب اليد رد ما اخذت حتى ترد والتمسك على وجوب الرد بهذا المعنى ظاهر
وان كان المعنى على صاحب اليد ضمان ما اخذت او قيمة ما اخذت حتى ترد فالتمسك بناء على ان القيمة
انما تجب خلفا عن العين ووجوب الخلف يستدعي وجوب الاصل في الخطاب يتوجه
الى الاصل ثم ينتقل الى الخلف والموجب الاصلي قوله وقيل الموجب الاصلي القيمة
ظاهره يشعر بان القول بان الموجب الاصلي هو رد العين هو قول الاكثر والقول بان الموجب
الاصلي هو القيمة قول البعض على خلاف الاكثر كما يدل عليه لفظ قيل ولكن نص في كتاب الرهن بان الاكثر
المشايخ على ان الموجب الاصلي للغصب هو القيمة ورد العين مخلص قوله لانه قاصر اذ الكمال في رد العين
مشكل لان كونه قاصرا وكون الكامل هو رد العين يقتضي ان يكون الاصل للغصب كيف وان العين بنفس الغصب
والشيء لا يكون سببا لما ينافيه لا يقال انه سبب لوجوب رد العين والمنافاة انما هو بين الغصب ونفس الرد
دون وجوبه لانا نقول الوجوب غير مطلوب بذاته بل منه هو الاداء فلما كان منافيا للاداء كان منافيا
للوجوب ايضا لان المضمونات تملك بالضمان مشكل لان المضمون هنا النقصان
والمنفصل لا يحتمل التملك الا ان يقال لما تعذر تملك المضمون جعلنا العلة التي هي سبب النقصان
مملوكة احترازا عن اجتماع البدلين في ملك واحد بقدر الامكان قوله وجوابهما في الولد وبعده اظهر لانه
لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان وهو التعدي فلم يكن التصرف ملكه
لو لم يستند ملك المودع الى ما قبل التصرف لا ينفذ بيع المودع من جهته والرواية محفوظة ان المودع
اذا باع وسلم الى المشتري ثم ضمن ينفذ البيع من جهته قلت قد ذكرنا ان البيع الموقوف غير نافذ من
جهته لان الملك عند الضمان يثبت من وقت التسليم والبيع سابق عليه بل ينعقد بينهما
بيع بالتعاطي بقبض المشتري فعلم ان ملكه لا يستند الى ما قبل التصرف لان تصرفه على وجه
التعدي هو التسليم والملك لا يثبت قبل ذلك فوهبها اي وهب
الغاصب الجارية ودليله ما قال فخر الاسلام في تعليل هذه المسئلة
ان الخبث ثابت بالشبهة فيعمل في التصدق ولا في الضمن ولو ثبت التصدق بعد
الاستهلاك لم يثبت الا بواسطة التضمين ولا سبيل الى التضمين لان الانسان لا يضمن
الاتلاف ملك نفسه قوله لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس مشكل لما ذكر في المضاربة
من قوله واذا كان معه الف بالنصف فاشترى به عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلثة ارباع الفدا

على رب المال و دبعة على المضارب لان القدام منه لا يملك فيتعذر بعد الملك فقد كان بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح و هذا الف بينهما بهذا كلامه وهو تصريح بيبع الربح في العين الواحد قبل ان يصير المال ناضا يا   اذاهبت الريح بالحنطة بالباء ودون في كان يقال هبت الريح به برابيدبا وادر فالباء للتعدية فكان الصواب هنا ان يقال هبت الريح بالحنطة بالباء ودون في مكان شاهد بناء على ان الحروف يستعمل بعضها مكان البعض فاستعيرت للباء قوله وفات معظم المقاصد اى بعض المقاصد المطلوبة منها   بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ نعم ولكنه بعد الذبح المنقبس عليه هو ما اذ ذبحها وسلخها واراد بهما اجيب بانه لو اسمها بالذبح والسلخ نفى حق الملك بعد السلخ و بعد ذلك ليس من منافعهما الا الاكل و التاريث وان كان يزول الاسم فلا يفوت المنفعة التي كانت فيها للملك قبلت شرعه التاريث عليها فلا يزول حقه عنها بخلاف ما اذا اشتراها حيث يفوت به بعض مقاصده المعظمة و هو الطبخ فيزول حقه فصار كانه غصب المذبوحة المسلوخة ثم اربها وفيه لا يزول حق المالك فكذا اذا ورد التاريب عد حق المالك لم ينقطع بعد   ومعناه الاصلي الثمن اى وضع ليجعل ثمنا بالضرب فكان الضرب تحققا لما وضع له فلا يعتبر وليس معناه ان التبر ثمنا وضعا وبالضرب لا يبطل عينيته لانه اختار هنا التبر لا يصلح راس المال في الشركة والمضاربة وقد مر في كتاب الشركة ان من جعل التبر ثمنا لا يتعين بالتعيين فهو عنده يصلح راس المال فيهما انما لا يصلح لذلك عند المقابلة بغير جنسها عنده من جملة سلعة يتعين بالتعيين غير منقوبة مطلقا يعني انهما منقوبة عند المقابلة بغير جنسها وتقويمها ان كان يوجب انقطاع حق المالك فعدم تقومها يوجب ان لا ينقطع قلنا لا ينقطع بالشك قوله ومن غصب ساحة بنى عليها زال عنها ملك مالكها هذا اذا كانت قيمة البنا اكثر من قيمة ساحة اما لو كانت قيمة الساحة اكثر من قيمة البنا فلا يزول ذكره في الذخيرة كذا في الشرح ولكن تعليل المصنف بقوله ان فيما ذهب اليه احترازا بالغاصب بنقض ما ده الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة يقتضي ان يزول ملك مالكها وان كانت قيمة الساحة اكثر لان الضرر لا يكن ضرره سوا قيمة البنا اكثر من قيمة الساحة او بالعكس و ضرر المالك متجبر بالقيمة في وجهين وايضا حق المالك في الساحة صار مستهلكا من كل وجه فكان حقه احق بالاعتبار والترجيح بكثرة القيمة انما يكون عند قيام الحقين الا ان يرى انه لو قسم حنطة فطحنها يزول عنها ملك مالكها مع قيمة الصفة اقل من قيمة العين ولكن لما كان حق الغاصب قائما في الصفة من كل وجه وحق المالك مستهلكا من وجه اعتبر حق الغاصب

واخر لفظا الى آخره فان قلت هذا منافي فيما اذا غصب ارضا فبنا عليها فانه يجبر على قلع البنا ولا يزول ملك مالكها عن الارض ولا يجب على الغاصب قيمة الارض لانا لا نتمكن دفع الضرر عن الغاصب بايجاب قيمة الارض بل فيه

احتراز

احترازو ينبغي ان يكون كمسئلة الساحة لئلا يبطل حق الغاصب لا الى خلف لو اوجبنا في مسئلة الارض القيمة على الغاصب لتضرر به اكثر مما يتصور بنقض البناء حيث لا يدخل الارض في ملكه لعدم سبب الملك هو الغصب والاتلاف اما الغصب فلا يتحقق في العقار واما الاتلاف فانها يبقى بعد البناء كما كان فلا يمكن دفع الضرر عن الغاصب بايجاب قيمة الارض بل فيه اضرار وفيه نظر لانه لو اوجبنا القيمة كان مبادلة بالجبر والمبادلة سبب الملك والجبر قد يجري في المبادلات كالاخذ بالشفعة والقسمة وقضاء الديون وهنا وجه آخر ان يقال انه لا يمكن هنا ايجاب القيمة اذ لا سبب لوجوبه فاما ان يجب بالاتلاف او بالغصب والاتلاف غير متحقق لبقاء الارض من كل وجه وغصب العقار لا يوجب الضمان فيفوت حق المالك لا الى خلف وحق الغاصب لا يفوت الا انه ينتقض والنقصان اهون من الفوات هذا ولكن النظر السابق ينافي فيه ايضا الامكان لايجاب القيمة بالجبر على المبادلة دفعا للضرر من الجانبين الا ان يقال ان ايجاب القيمة لا يدفع الضرر عن المالك من كل وجه بل يلحقه الضرر لفوات حقه في الصورة والغاصب ايضا يتضرر بنقصان حقه ما سوى الضرران وكل ضرر الغاصب اهون لانه استحق الاضرار بالتعدي والمالك لا يستحق اصلا على ان الضرر المالك في بطلان حقه في ضرر الارض اشد لانه لا يبقى على الدهر ولا يخشى زواله ومنفعته متجددة في كل فصل حتى ورد نهي الشفعة عن بيع من النبي عليه السلام فيكون اضرار الغاصب احق من اضرار المالك بخلاف مسئلة الساحة لان منفعتها في ماليتها لا في عينها والمالية تعرف عنه الحق بايجاب القيمة فلا يتضرر به المالك اما الغاصب فلا يتضرر بنقصان حقه فكان مراعاة حق الغاصب احق قوله قال ابو عصمة في اصل اي في قوله ومن غصب ثوبا وصبغه احمر احترز بهذا القليل من ان يتوهم ان هذا الحكم الذي ذكره ابو عصمة متصل بما يليه من مسئلة الانصباغ فان حكم مسئلة الانصباغ كذلك على ما ذكره بقوله و بناني هذا فيما اذا انصبغ بنفسه كذا في الشرح فان قلت قوله لان له ان لا يملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيعة ينافي ان يكون هذا الحكم في اصل المسئلة وهي ما اذا غصب ثوبا وصبغه لصاحب الثوب ان يتملك الثوب بالقيمة او يضمن الغاصب قيمة ثوب الابيض فلا يتعين اجيب بالالتزام حذف المعطوف اي وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع او في تضمين الغاصب قيمة ثوب الابيض فيميل الى ايهما شاء قوله و بناني هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه اي ينافي خيار البيع في صورة الانصباغ ايضا لانه لا يملك الصبغ صاحب رعاية للجانبين وفي الشاهان يعني ان ما قاله ابو عصمة لا ينافي في اصل المسئلة لان ثم لصاحب الثوب ان يتملك الصبغ او يضمن للغاصب واذا كان له ذلك لا يتعين البيع عند امتناعه من التملك بالثمن وفيما اذا انصبغ ليس له ان يضمن صاحب الصبغ لانه غير جان فيه فتعين البيع عند امتناعه عن التملك هذا لفظه وهكذا ذكره في حاشية الكبير وعلى هذا يكون قوله و بناني الخ اعتراضا لابي عصمة من حيث انه قال في اصل المسئلة بل في مسئلة انصباغ و قد يقال بما قاله ينافي في اصل المسئلة ايضا

ولكن بحذف المعطوف من دليله اى بتعين رعاية في البيع او تضمين الغاصب قيمة للثوب الابيض
وقوله وتبالى لبيان ان هذا الحكم وهو خيار البيع وان ذكر في اصل المسئلة وهو بناء في
مسئلة الانصباغ ايضا لانه ان لا يملك الصبغ بالقيمة فيباع الثوب رعاية للجانبين
ثم ينفسخ التدبير بالقضا لكن البيع بعده لعارض الفن قلت القضا يجوز بيع المدبر انما ينفذ لانه
لفساد في فصلا مجتهد فيه لان الشافعي يجوز بيعه فينفذ بيعه بعد القضا لنفاذه كما هو
مذهبه وانه يجوز بيعه في حال التدبير وينقلب تناسخ التدبير حكما لنفاذ الشرط
فاذا نفذ القضا عندنا لمصادفته فصلا مجتهدا فيه وجب ان ينفسخ التدبير حكما للبيع
لا شرطا له فيكون البيع مصادفا للمدبر دون الفن نعرف بالمذهب اولا ضرورة لان الاباء
ما في ثبوت ملك الغاصب لكونه عدوانا والملك نعمة وانما يثبت الملك له ضرورة القضا
لضمان لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد والثابت ضرورة ثابت من وجه دون وجه كذا في الكافي
وفيه بحث اذ الملك لا يثبت للغاصب لا يجب عليه الضمان كما لو غصب خمر المسلم فخللها بالغاصب
فيه ملك الغاصب لا شيء وسنبينه ان شاء الله فلو كان الملك للغاصب ضرورة وجوب
الضمان عليه لم يملك فيما لا يجب عليه الضمان لوجوب انتفاء الشروط عند انتفاء الشرط قوله
لوجود الغصب اي على اصل الشافعي لان الاصل عنده عبارة عن اثبات اليد المطلقة ولا شرط
ازالة اليد المحقة قوله فهو ضمان جناية ان اراد ان ضمان عبد الحرم ضمان الفعل دون المحل فذلك
خلاف المذهب فانهم قد ذكروا فيما عدم ان ضمان صيد الحرم ضمان المحل حتى لو اشترى حلالان
في اصل صيد الحرم يجب عليهما جزاء واحد فلو كان ضمان الفعل دون المحل فذلك خلاف
المذهب فكان كل منهما جزاء على حدة كما لو اشترك المحرمان على قتل الصيد على ان هذا التوفيق هو ان يكون ضمان صيد الحرم ضمان
الجناية وضمان المغصوب يعرف بالتأمل وان اراد وضمان صيد الحرم ضمان مبنى ضمان المحل لا يجب التفرقة بينهما
حتى في ولد ظبية الحرم ولا يضمن ولد المغصوبة يعرف بالتأمل وان اراد ضمان صيد الحرم ضمان مبنى على ازالة الامن من الصيد فهذا الاجوب
التوفيق لان المغصوب ايضا ضمان مبنى على الجناية الا ان الجناية فيه بازالة يد المالك وفي الصيد بازالة
الامن عنه فالاولى ان يقال والطلوع الجواب فالتوفيق ان الضمان العبد على ازالة الامن عنه وذلك
حاصل بمجرد وقوعه في يده وضمان المغصوب بازالة يد المالك ولو لم توجد الازالة
في حق الولد فلا يضمن الا بعد الطلب ثم المنع وفي واذا هلك ولد الظبية قبل التمكن من الرد
الى الحرم لا يضمن وانما يضمن اذا هلك بعده لان الحق في يد الغاصب للشرع والشرع يطالبه برد الاصل
مع الولد الى ما منه لوجد المنع بعد الطلب هو سبب للضمان ولان ضمان في صيد الحرم ضمان اتلاف معنى الصيدية لانه
بالحرم امن صيد افي تنافره وبعده عن ايدينا ما نبات اليد عليه يكون اتلافا لمعنى الصيدية حكما وقد تحقق ذلك
في الولد ثم اثبات اليد على ما الاموال المحفوظة بالايدي وانما يجب الضمان فيها بتفويت الايدي لا باثبات اليد عليها
بهذا كلامه ولله دره ما ادق نظره حيث لم يتبع صاحب الهداية في التوجيه على تقدير الاطلاق بقوله ولو اطلق فهو ضمان جناية

ولهذا

وبهذا ينكر ره بل عدل عنه الى تعليل اوضح وفرق بليغ قوله ولهذا ينكر رها اى ينكر الجزاء ينكر ر هذه
الجناية لو ادى الضمان باخراج العبد على الحرم ثم ارسله في الحرم ثم اخرج ذلك العبد من الحرم ثانيا
يجب ضمان آخر كذا وجد بخط شيخ بعض وجمال ان يكون معناه ينكر ر وجوب الارسال ينكرر
هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا اولى لانه اوفق برواية المبسوطة والمناسك حيث جعل
هناك ايصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد الغاصب في الغصب فاذا وجد المغصوب
الى يد المالك كما غصب لا يجب الضمان ولكن ينكرر الوجوب الرد بتكرر الغصب فكذا هنا كذا في الشرح
ولا يخفى ان لهذا المعنى لا يصلح قوله ولهذا ينكر ر بتكرره ابتداء لقوله فهو ضمان الجناية والتكرر بهذا
للمعنى متحقق في الغصب وليس فيه ضمان الجناية بل ضمان المحل وقد يقال المراد بالتكرر التعدد اي يتعدد
الضمان بتعدد الجناية فانه اذا اشترك المحرمان على قتل صيد الحرم يجب على كل واحد ضمان كامل ولو كان
ضمان المحل لوجب على كل نصف الضمان قوله في الكلام في الجناية على ظبية الحرم وضمان صيد الحرم ضمان
المحل دون الفعل حتى لو اشترى حلالان في قتل صيد الحرم باعتبار الجناية في الاحرام لا باعتبار
الجناية على صيد الحرم حتى لو اشتركا في صيد الحل يجب على كل تمام الجزاء الا انا لما اوجبنا عليهما الضمان
الاحرام سقط عنهما ضمان الجناية على صيد الحرم لان الضمان على المحرم ان كان يجب بالجناية
في الاحرام من حيث ان الله تعالى سماه كفارة فهو ضمان المحل من حيث انه
اعتبر المماثلة فيه فلو اوجبنا ضمانا آخر باعتبار الحرم لتكرر ضمان المحل من وجه وانه غير مشروع ولان حرمة
الاحرام اقوى من وجه من حرمة الحرم على ما عرف فلم يعتبر قوله ما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب
كلمة ما مصدرية اي نقصان الجارية بسبب الولادة ثابت في ضمان الغاصب لو جعلت موصولة فلا حاجة
اليه اما لفظا فلا انتفاء العايد في الصلة اليها واما معنى فلان ما ينتقص به الجارية هي الولادة والولادة
مع ان صفة الجارية باعتبار انه يحصل بها قوله وولد الظبية ممنوع اي لا نسلم ان الولد لا يصلح جابرا النقصان
حل فيها بالولادة بل الولادة جابر لنقصان الظبية اذا كان في قيمته وفا بنقصانها ولئن سلم فهنا الولد
لا يصلح ان يكون خلفا عن الجزء الغايب لانه مضمون بنفسه فلم يجز ان يؤدى به ضمان غيره كذا في الكافي
وفيه نظر لان ولد المغصوبة ايضا مضمون بعد المنع فيجب ان لا يجبر جابر النقصان
الا بعد المنع ولا تفصيل في المسئلة بين ما قبل المنع وبعد المنع على ان اكثر المشايخ على عدم التوفيق
بين ولد المغصوبة وولد الظبية الحرم حتى في الحرم لان كلا منهما امانة قبل الطلب مضمون بعده غير ان
الطلب يتحقق في ولد الظبية بمجرد التمكن من الارسال لان الطالب فيه الشرع ويتوجه خطاب الرد
الى الحرم منه بمجرد التمكن فيصير جانيا بالحبس وفي ولد المغصوبة الطلب من العبد وانه يثبت باختيار
ليست بمضمونة على الغاصب انما المضمون هو النقصان في قيمتها الحاصل بالولادة التي هي لا ان يجعل
قوله بالولادة من وضع المظهر موضع المضمر اي ما نقصت الجارية لها مع حذف المضاف من المبتدأ ۱۲
اي نقصان ما نقصت الجارية بها من الولادة مضمون على الغاصب اضافة النقصان الى الولادة

لايجوز التكفير قوله ويتخرج الثانية اى الرواية الثانية ان الولادة ليست سببا للموت الا ترى فان قلت
ذكر بعد هذا ان الولادة سبب للموت حيث قال والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو
الولادة وقال ولو ان غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وورد وفيها ذكر فقد اشار الى
سبب الموت عنده وهو الحبل وانه لا يفضي اليه غالبا قلت لا شك ان الولادة ليست بسبب
للموت وضعا حيث لا يفضي اليه غالبا قلت لا شك ولكنها اذا ماتت بالولادة افضت الى الموت فتنفي
السببية اولا نظرا الى الوضع وعدم افضائها اليه وتثبتها ثانيا نظرا الى انها افضت الى الموت فكانت
سببا من وجه دون وجه فقلنا بان النقصان الحاصل بالموت لا ينجبر بالولد لان من شرط
اتحاد السبب وفيه شبهة لانها لو اعتبرت سببا للموت كان السبب متحدا فينجبر النقصان بهذه الزيادة
والا لم يتحد فلا ينجبر النقصان والنقصان متيقن فلا يسقط اعتباره بالشك وفيما اذا غصب جارية
فزنى بها فحبلت ثم ردت فماتت في يد المالك يضمن قيمة الجارية عند ابى حنيفة رحمه الله لان الواجب
هو الرد كما اخذ فلا يثبت بالشك وكذا الضمان وقد وجب على الغاصب فلا يسقط
بهذا ولا ينتفي علينا لان عدم كون الولادة سببا للموت غالبا لا ينافى ان يقع سببا له بالغا
الى ما اذا افضت اليه ولا شك انها لما ماتت بوجع الولادة فقد افضت الى الموت
البتة فلا يكون للموت سبب غيرها فكان النقصان مفضيا اليها والولد ايضا حاصل
بها فاتحد سبب النقصان والزيادة وغاية ما يمكن ان يقال ان الولادة لما لم يكن سببا للموت
غالبا تمكنت شبهة الموت بسبب آخر غير الولادة لجواز ان يكون يحدث عقيب الولادة سببا آخر للموت
ويجوز ان يكون السبب وجع الولادة فلم يتيقن باتحاد سبب النقصان والزيادة فلا يجعل الاتحاد
بالشك وفيما اذا غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردت فماتت بالولادة فقد دار الضمان الواجب
بنفس الغصب بين ان يسقط بان يكون سبب الموت غير الولادة وان يبقى اذا كان السبب هو الولادة
فلا يسقط بالشك قوله والخصي لا يعد زيادة في المالية لانها انما يتحقق بدعية عادة الناس وهى
ليست بمرغوبة عند العامة انما هي رغبة بعض الجهال لظنهم ان الخصي كالمحرم وهذا مشكل لما ذكر في الكافي
في كفارة الظهار حيث قال ويجوز الخصي والمجبوب ومقطوع الاذنين وقال زفر رحمه الله لا يجوز
لفوات جنس المنفعة ولهذا يجب كل الدية ولنا ان منفعة السمع باقية فلا يصير الرقبة به مستهلكا
وانما الغايب به كمال ورتبته وصار كفوات الحاجبين واللحية والخصي يزيد ان في المالية وهو
المقصود في التكفير هذا كلامه ووجه الاشكال ظاهر اجيب بان الزيادة الحاصلة بالخصي او الجب
موجودة حقيقة حيث يقوم الخصي باضعاف ما يقوم الفحل وليس الخبر بالمعاينة معدومة حكما لانها
حصلت على اعتبار ظن الجهلة ان الخصي المحرم ولو كانت موجودة من كل وجه يجبر بها النقصان وضمن
غاصبهما قيمتهما خصيا ومجبوبا فلما كانت موجودة من وجه دون وجه قلنا لم يجبر بها النقصان لان
النقصان يوجب الضمان البتة وفي الانجبار شك فلا يسقط الضمان بالشك ولو اوجب

الشك في تضمين الزيادة اذا غصب الخصي والمجبوب وهلكا عنده فلم يثبت الضمان بالشك واما جواز
الكفارة باعتاقهما فلعدم فوات جنس المنفعة من كل وجه وحيث شبهة الهلاك فسقط به الكمال
في الرقبة المخرج عن العهدة وفوات جنس المنفعة بالخصي والجب لو لم يكن مجبورة بالزيادة الحاصلة
بهما في القيمة فلا اورث شبهة العدم الى شبهة الشبهة والمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها وبعبارة اخرى
ان المانع من التكفير هو النقصان الفاحش كنقصان الاعمى ومقطوع اليدين ونقصان ام الولد
والمدبر اما اليسير من التكفير للنقصان كنقصان الاعور ومقطوع احدى اليدين فلا يمنع عنه وبانجبار نقصان
الخصي من وجه بوجود هذه الزيادة التي هي موجودة حسا لا شرعا ينتقل النقصان من الفاحش
الى اليسير وانه غير مانع قوله وفي فصل الشرى الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط الفسخ الرد
فان قلت سلمنا ان كان صحيحا فلا شك ان البيع اذا هلك في يد المشتري بسبب وجد عند البايع
ينقض التسليم ويجعل كانه مات في يد البايع الا يرى انه لو سلم العبد المبيع مشغولا بالجناية فقتل او دفع
بها في يد المشتري رجع الى البايع بكل الثمن والولادة التي ماتت الجارية المبيعة بها مضافة الى
العلوق الذي كان في يد البايع فيجعل كانها تلفت بيد البايع اجيب بما ذكرنا ان الولادة ليست بعلة مع ضعف عنه
للموت بل الغالب السلامة فاذا ماتت عند الولادة احتمل ان يكون سببه وجع الولادة فيكون
الموت مضافا الى ما في يد البايع كل سقط الثمن واحتمل ان يكون بسبب آخر حدث الولادة بعده
فلا يكون الموت مضافا الى ما في يد البايع فلا يسقط كل الثمن والثمن قد وجب بيقين فلا يسقط
بالشك وفي فصل الغصب الضمان قد وجب بنفس الغصب فلا يسقط بالشك قوله ولا اتحاد في السبب
فيما وراء ذلك من المسائل فان قلت اتحاد السبب ليس بشرط لانجبار النقصان الا يرى ان نقصان
الهزال وسقوط السعر ينجبر بالسمن والنبات مع ان السبب مختلف اجيب بان اتحاد السبب
انما يشترط اذا لم يكن الزائد من اجزاء المنتقص كالولد اما اذا كان من اجزائه ونمائه وهي لا حاجة
الى اتحاد السبب بل الجزئية يكفي للاتحاد حينئذ سواء كان السبب متحدا او مختلفا فان قلت
الصوف والقوائم من اجزاء الغنم والشجر مع ان النقصان لا ينجبر بهما اجيب بان الصوف والقوائم في
حق الغصب كالعين المنفصل من حيث ان لهما قيمة بانفرادهما وورد الغصب عليهما مقصودا
فصار كالولد فتعتبر اتحاد السبب وهو ليس بمتحد قوله يضمن قيمتها يوم علقت مشكل اذ لو
وجب هنا ضمان الغصب دون الاتلاف وغصب غير المثلي يوجب قيمته يوم الغصب اذا هلك بفعله
او بعد فعله فينبغي ان يجب ضمان قيمته يوم الغصب لا يوم العلوق اللهم الا ان يوجه المسألة فيما اذا غصب
4 الجارية بفعل الزنا فحبلت به ثم ولدت بعد الرد وماتت بالولادة قوله بخلاف الحرة فانها لا يضمن بالغصب
فينبغي ضمان الغصب بعدها والحرة وقد تضمن الحرة ان كانت لا تضمن بالغصب تضمن
بالاتلاف مباشرة او تسبيبا وقد سبب تلفها بالزنا معها مكرهة من حيث ان الزنا سبب الحبل
والحبل سبب الولادة والولادة سبب الموت قوله ان الولادة ليست بسبب

للموت وانما ليست بعلة وضعت للموت حتى يضاف الموت اليه البتة بل قد يفضي اليه باتفاق
الحال فاذا ماتت عند الولادة احتمل ان يكون الموت بالولادة واحتمل ان يكون بسبب آخر
حدث بعد الولادة او قبلها فان كان الموت بالولادة وجب ضمان الحرة على الزاني وان كان بسبب
آخر لا يضمن فلا يجب الضمان بالشك وجوابه انه حصلت على تلك الغاصب هذه المقدمة غير مسلمة
قوله لحدوثها في امكانه اي بتصرفه قلت بها والاشجار المغصوبة لا يملكها الغاصب مع حدوثها
في امكانه وتصرفه وبالجملة ان المنافع تابعة للعين فيكون في ملك مالك العين سواء كان في يده او في غيره
كالثمر والولد قال الشارح رحمه الله ولنا انها حصلت في تلك الغاصب لانها حدثت بفعله وبعلة كسبه الكسب
علة لثبوت الملك المكتوبات للكاسب وذلك لان المنفعة عبارة عن اللذة والراحة من دفع الحر والبرد
وانما يحصل بالانتفاع والانتفاع فعله وكسبه فكانت المنفعة ملكا له وجب ان يحدث منافع المستاجر
ايضا بكسب المستاجر وفعله فيكون ملكا له فيجب ان لا يجب عليه ضمانه وبدله اذ الانسان لا يضمن
مملوكه ولا يجب عليه عوض ملكه ولكن العوض في الاجارة يجب على المستاجر فعلم ان المنافع تحدث على
ملك المالك ثم يدخل في ملك المستاجر بالعوض قوله فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه وقد يقال
تضمين الخمر بالقيمة ظاهر لان القيمة في ذوات الامثال ليست في حكم العين حتى لو مر الذمي بالخنزير
على العاشر ياخذ العشر من قيمتها فاما تضمين الخنزير بالقيمة فمشكل لما مر في باب العاشر انه لو
مر في بالخنزير ولا ياخذ من قيمتها لان القيمة في ذوات الامثال في حكم العين ولما كانت قيمة
الخنزير في حكم عينها عين تمليك عين الخنزير من المسلم لا يجوز فكذا تمليك قيمته التي هي في حكم العين ورد
وجوابه ان القيمة في ذوات القيم حكم العين وليست بعين حقيقة فقلنا لا يبيح للمسلم اخذ قيمة الخنزير
ويجوز اعطائها عملا بالجهتين الحقيقة والحكم بعكس لان في الاخذ اعزاز من حيث انه يقبضه بالتملك اعتبارا له
من حيث من الكل فهو كالانتفاع بالسرقين بالقائه في الارض لكثرة الريع فلو جاز الاخذ
لجاز الاعطاء بالطريق الاولى فلم يتحقق العمل بالوجهين والله اعلم

كتاب الشفعة

كان المناسب ان يذكر الشفعة مع كتاب البيوع لان البيع شرطها وسببه ولكن ذكره مع الغصب
ان في كل منهما يملك الانسان مال غيره بغير رضاه لا يقال الغاصب لا يملك الا اذا اختار المالك
التضمين حتى لو تركه كان الكفن عليه لان الغاصب قد يملك بغير رضا الغير عنده على ان يملك الغاصب
ان كان يتوقف على رضا المالك واختاره للضمان فتملك المالك على الغاصب الضمان لا يتوقف على
رضاه والله اعلم قوله وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار ليس لتخصيص هذا زيادة
فائدة لانه كان لا يقول بالشفعة بالجوار لا يقول بها بالشركة في حقوق ايضا وكذا لا يقول بها
فيما لا يحتمل للقسمة ايضا كالبئر والنهر كذا في الشرح قلت كان اراد بالجوار اعم من ان يكون
بالجوار مع الشركة في الحقوق اولا اذ الشريك في الحقوق ايضا جار فالنبي عم جار الدار
احق بالدار والمراد به الشريك في الطريق بدليل اخره وهو قوله اذا كان طريقهما واحدا واما لا يحتمل القسمة

عنده فان لم يذكره لان الحكم فيه غير منصوص عليه وانما لا شفعة عنده فيه بالقياس على الجوار
والشركة في الحقوق بجامع انتفاء ضرر مؤنة القسمة فيهما وهو الموجب لاستحقاق الشفعة عنده
فينبغي بانتفائها فلما كان الاستحقاق في الجوار والشركة في الحقوق اصلا يحكم انه ثابت بالنص
وهو قوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم وفي رواية انما الشفعة فيما اذا لم يقسم وكان انتفاؤها فيما
لا يحتمل القسمة بالقياس عليه اكتفى عن ذكر الفرع بذكر الاصل قوله عليه السلام الشفعة فيما اذا
لم يقسم اي في بقعة مشتركة لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة اي فاذا وقعت
الشفعة فلا شفعة فقوله وقعت الحدود وصرفت الطرق كناية عن وقوع القسمة لانه خرج بمقابلة قوله فيما لم يقسم
بهذا يسقط ما يرد ان قوله اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق يدل على تحقيق الشفعة اذا قسمت الدار
من غير صرف الطرق بناء على ان التعليق بالشرط يوجب العدم عند العدم عند الشافعي رحمه الله وذلك خلاف
مذهبه بانه لا يقول بالشفعة بعد وقوع القسمة وان لم يكن الطريق مصروفة قوله ولنا فيما روينا
وفيما روي بيان ان الشريك شفيع وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه وما روي في بعض
الروايات انما الشفعة فيما لم يقسم فنقول انما يقتضي تاكيد المذكور لا نفي غير المذكور واخر الحديث
قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولئن ثبت فالمراد نفي
الشفعة الثابتة بسبب الشركة الى هنا اشير في الكافي فان قلت التنقيض ان كان لا يقتضي نفي الحكم عما
عداه فتعريف المبتدا بلام الجنس يفيد حصره على الخبر قوله انه قد لا يفيد بالحصر فيحتمل على انه ليس للحصر هنا بدلالة دليل آخر
يدل على ثبوت الشفعة بالجوار فلم يبق هنا الا التنقيض وانه لا يفيد للنفي قوله واما الترتيب
فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط احق من الشفيع ولقائل ان يقول ان الدليل على ان المراد
بالحديث حق التملك بعد ثبوت حق المشتري لم لا يجوز ان يراد به حق المشتري اي الشريك احق بشراء
الدار قبل بيعها فيكره بيعها من غيرها الا انه ينافي قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون
تجارة عن تراض ولو سلم ان المراد حق التملك فقد ذكر في الكافي ان الشريك في منزلة من بيت في الدار احق
في حصة المنزل من الشريك في صحن الدار ثم الشريك في صحن الدار احق من الشريك في طريق الدار
والشريك في طريق الدار والشريك في الطريق احق من الجار الملاصق فيحتمل ان يراد بالشفيع هو الشريك
في الطريق دون الجار الملازق وبالخليط الشريك في صحن الدار فلا يكون في الحديث تعرض للجار الملازق قوله
ان السبب تقرر في حق الكل قلت نعم ولكن الاسباب تختلف في القوة والضعف على ما مر لان اثر الضعيف مع
وجود القوي قوله وكذا الحال في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف والرواية الاخرى ان
الجار في بقية الدار اولى كذا في البرهان وكانه اراد ان الجار اولى من هذا الشريك من حيث هو شريك بعد الاعم
بهذه الشركة في حق بقية الدار المعتبرة في حقها هو الجوار والا فهذا الشريك من حيث الجوار مع الجار سواء كذا قال
الشارح واما الرواية الاخرى فهو والجار سواء ذكره في الذخيرة والمغني وذكر القدوري ان الشريك في الارض التي تحت البيع
فالحق الشفعة في كل المبيع لحكم الشركة عند محمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله ويكون مقدما على الجار

وفي احد الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله انه يستحق الشفعة في الحايط بحكم الشركة في بعض الدار بحكم الجوار
فيكون مع جار آخر سواء هذا لفظه والله اعلم قوله لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب
فان قلت القضاء بالشفعة للحاضر يثبت الملك من المشتري فاذا سلم بمنزلة الاقالة وفيها شفعة فياخذ
الغائب النصف بالبيع الاول والنصف الآخر بهذا التسليم اجيب بان التسليم وان
كان كابتداء البيع من المشتري لوجود الصورة يشبه البيع الاول وتحقيقه والقاضي قد قطع حق
الغائب عن ذلك النصف بالنسبة الى التسليم لانه بناء عليه وتقديده صورة وحق الشفعة حق ضعيف
فيبطل بشبهة القضاء بالقطع كما يبطل بحقيقته قوله والشفعة يجب بعقد البيع معناه بعده الا انه هو
السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه وهذا التاويل الذي ذكره والتعليل الذي علله مخالف لرواية
الكتب من المبسوط والذخيرة والمغني وغيرها وقد ذكرنا فساد قول من يقول بان سببها الا
تصال لا غير لانه لو سلم الشفعة قبل البيع لا يبطل الشفعة ولو كان سببها الاتصال لطلب وجود
التسليم بعد السبب للاعتبار لوجود الشرط بعده في حق صحة التسليم كاداء الزكوة قبل الحول واسقاط
الدين المؤجل قبل حلول الاجل وقد ذكر في المبسوط انه لو سلم الشفعة قبل الشراء كان باطلا لان وجوبه
بالشراء والاسقاط قبل وجود سبب الوجوب لغو كالابراء عن الثمن قبل البيع هذا لفظه فهذا انتقض
ان يكون الشراء كل السبب فلا اقل ان يكون جزء السبب كما ذكره في الذخيرة والمغني اما الغاوه عن
السببية اصلا فلا يكون كذا في الشرح ويمكن ان يجاب عما ذكر من وجه الفساد للقول بسببية الاتصال
فقد يقال بان الاتصال ليس بسبب في ذاته بل لدفع الضرر عن سوء المجاورة بالجار والحارث كما مر ودفع الضرر
انما يكون عند تحققه ولا يتحقق الا بعد انتقال الملك الى المشتري فلا يكون الاتصال سببا الا بعد
البيع مقتصرا فينتصب السبب الثابت به ايضا فلو سلم الشفعة قبل البيع يكون تسليما قبل وجود السبب
لا محالة فيبطل فعلى هذا يكون البيع شرطا لانعقاد الاتصال سببا لا لوجوب حق الشفعة حتى يصح
التسليم قبل البيع ثم جعل الاتصال سببا اولى من جعل البيع سببا اذ لا تاثير للبيع في اثبات
حق الشفعة فانه شرع لدفع زيادة المقدار والضرر لا يتحقق الا بالاتصال فيثبت الشفعة به رفعا
للضرر اما البيع فلا يثبت به الضرر حتى يثبت الشفعة به دفعا لذلك الضرر قوله ويستقر بالاشهاد ولا
بد من طلب المواثبة ايضا وانما يشترط الطلبان اعني طلب المواثبة وطلب الاشهاد وهو الطلب
يعني يستقر الشفعة بالطلب عند الخصم او العقار لا يمكن ان يتحقق هذا الحق بل لا بد من طلب المواثبة
عند الخصم او العقار مقرونا بالاشهاد على ما يجيء من تفسيره بعد لانه حق ضعيف يبطل
العقار كما نطق به الحديث فيبطل بالاعراض فلا بد من الاعراض والطلب
اي طلب الاشهاد وطلب المواثبة لان الاعراض عن احد الطلبين يورث
شبهة الاعراض عن حق الشفعة فيشترط الطلبان ليعلم رغبته فيه فقوله
ليعلم دليل على اشتراط الطلبين وقوله ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي
دليل على اشتراط الاشهاد وتحقيق هذا الدليل سيأتيك ان شاء الله تعالى ثم هذا التعليل يقتضي ان يشترط

الاشهاد في طلب المواثبة لكن عذر سنذكره ان شاء الله تعالى قوله لان الملك للمشتري قديم فلا ينتقل
الى الشفيع الا بالتراضي او بقضاء القاضي وقد يزال الملك في البيع الفاسد ثم بالقبض وللبايع ان يسترد
بلا قضاء ولا رضا ولذا الملك للمشتري حسن عنده ويتم ومع ذلك للمالك القديم ان ياخذ منه بلا قضاء ولا
رضا قوله كما في الرجوع في الهبة قلت انما يشترط القضاء في الرجوع في الهبة لانه مختلف فيه في
اصله وما مرة في حصول المقصود وعدمه مما عليها من كل في ذلك منتفيه هنا على ان اشتراط القضاء في
الرجوع قد ثبت بالراي ومن شرط القياس ان يكون حكم الاصل ثابتا بالنص وايضا النصوص
الواردة في ثبوت حق الشفعة مطلق عن الاشتراط فالاشتراط زيادة عليها بالراي **باب الشفعة**
قوله والاشهاد فيه اي في طلب المواثبة ليس بلازم اي ليس بشرط حق الشفعة انما هو الاشهاد
لنفي التجاحد قوله والعدالة غير معتبرة في الخصومة وذلك لان اخبار الخصم بما يجري حقها ويثبت به حق
الخصومة لصاحبه اقرار على نفسه بثبوت حق الخصومة لصاحبه عليه والعدالة في المقر ليس بشرط لا
نعدام التهمة ثم اخبار المشتري هنا يلزم على الشفيع كاخبار الاجنبي حيث يلزمه ضرر سوء الجوار
على تقدير السكوت عن الطلب كما في صورة اخبار الاجنبي الا ان اخبار المشتري يلزم عليه لانه
اقرار على نفسه فيجب قبوله ومن ضرورة كونه ملزما عليه يثبت الالزام على الشفيع ايضا ومثل
هذا لا يعد من باب الالزام كما في اخبار هلال رمضان فان الاخبار هناك لما كان ملزما على المخبر قبل
خبره عدلا كان او غيره وان كان خبره ملزما على الغير ايضا قوله والثاني طلب التقرير والاشهاد
لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضي وتحقيق هذا المقام ان طلب المواثبة ثم الطلب عند الخصم والعقار
شرط لتقرر حق الشفعة لان الاعراض عن احد الطلبين دليل الاعراض عن حق الشفعة وانه حق
ضعيف كحل العقال على ما نطق به الحديث فيبطل بدلالة الاعراض ثم القياس ان يشترط الاشهاد
على الطلبين ايضا لان الاعراض عن الاشهاد على الطلب الذي لا يتمكن من اثبات هذا الحق عند القاضي
ايضا دليل الاعراض عن هذا الحق فيجب ان يبطل بالاعراض عن الاشهاد سواء اعرض عن الاشهاد على
الطلب الاول او الثاني لما فيه من شبهة الاعراض عن الشفعة غير انا استحسنا فقلنا بان الاشهاد على طلب المواثبة ليس
بشرط لانه يكون على فور العلم بالشراء والشفيع ربما لا يتمكن من الاشهاد عليه على فوره ولا مانع من اشتراطه
على الطلب عند الخصم او الدار فيكون شرطا فاذا تركه مع القدرة لطلب الشفعة اذا ثبت هذا احتجنا الى تطبيق الكتاب
ويرده الى ما ذكرنا فنقول قوله الا انه لا يحتاج اليه لاثباته عند القاضي معناه لانه يحتاج الى الاشهاد على
الطلب فيكون تركه مع القدرة عليه دليل الاعراض فيشترط لبقاء حق الشفعة كاصل الطلب
وقوله لا يمكنه جواب ما يقال فينبغي ان يشترط الاشهاد على طلب المواثبة ايضا لانه يحتاج الى اثباته
عند القاضي ايضا فكان الاعراض عن الاشهاد دليل اعراضه عن هذا الحق ما جاب بان القياس كذلك
الا انا استحسنا في طلب المواثبة لانه لا يمكنه الاشهاد عليه ظاهرا لانه على فور العلم بالشراء فيشترط
بعد ذلك اي بعد اشتراط الاشهاد في طلب عند الخصم او العقار مقرونا بالاشهاد لا نعدام

المانع عن اشتراط الاشهاد في هذا الطلب لهذا يسقط ما يتوهم هنا من الاعتراضات
يعرف بالتأمل نعم لقائل ان يقول يشترط الاشهاد في طلب المواثبة ثم ما يقتضي الى تحقيق الحال طلب الشفيع
اذا شرط بشرط القدرة عليه فلا قوله على البايع لا يعرف له وجه سوى ان الطلب يستدعي المطلوب
والمطلوب فيه ولكن لو كان وجهه ذلك لم يكن للاكتفاء بحضرة المبيع وجه فكانه نسب بالاجماع على
خلاف القياس وقال في وجهه الحضور على البايع ان كان الشفعة في يده او عند المشتري او عند العقار
لاظهار زيادة الرغبة في اخذه وذلك ان حق الشفعة حق ضعيف كما جاء في الحديث الشفعة كحل العقال
فيشترط لتقرر هذا الحق اظهار كمال الرغبة وذلك بان يشهد على طلبه عند احد هؤلاء قوله لان كل واحد
منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك يشير الى ان يد المشتري ليس بشرط لصحة الطلب عنده بل
الملك الذي لم يكن يده ذكره في حاشية الكبير والوقاية ما يدل على ان يد المشتري شرط لصحة الطلب عنده
حيث قال في حاشية الكبير عند قوله ويستقر بالاشهاد اي اذا اشهد في مجلسه ثم اشهد على البايع
لو كان المبيع في يده او على المشتري لو كان في يده او عند العقار استقرت شفعته هذا كلامه وفي
الوقاية ثم يشهد عند العقار اي على من معه هو من بايع او مشتري وفي شرحه اعلم ان الطلب انما
يجب عند التمكن من الاشهاد او عند صاحب البدايع والله اعلم قوله ان الحق متى ثبت واستقر لا
يسقط الا باسقاط وهو التصريح بلسانه قلت لا اذا كان فيه بغير عام حيث يكتفي بالسكوت كالولي يرى
عبده يبيع ويشتري ويسكت حيث يكون ذلك اذنا وان لم يوجد التصريح بلسانه قوله ولا فرق في
حق المشتري بين الحضر والسفر يعني يثبت حق الشفعة للشفيع سواء كان حضريا او سفريا والمعنى الذي
ذكر محمد رحمه الله يقتضي ان لا يكون له الشفعة اذا كان سفريا دفعا للضرر عن المشتري قوله يسأل القاضي
المدعى قبل ان يقبل على المدعا عليه عن موضع الدار وحدودها لانه يدعي حقا فيها فصار كما اذا ادعى
رقبتها صرح في الصلح لانه لا حق في الشفيع في المحل حتى يصح الصلح عنه وذكر هنا انه ادعى حقا فيها وبينهما
وتدافع منافرة ثم هذا يشير الى ان ذكر موضع الدار من المصر والمحلة والسكة شرط في دعوى
العقار وذكر في كتاب الدعوى ما يشير الى انه ليس بشرط حيث قال وان ادعى انه عقار احده وذكر
انه في يد المدعا عليه وما ذكر هنا الوافق ما ذكره الشيخ الامام الفقيه الحاكم ابو نصر محمد بن احمد محمد السمرقندي
حيث قال اذا وقعت الدعوى في العقار لا بد من ذكر البلدة التي فيها العقار ثم ذكر من المحلة ثم السكة
الى اخر ما ذكر الاستاد رحمه الله قوله لاختلاف اسبابها اي في العقار لابد القوة والضعف فربما يطلب الشفعة بالجوار
مع وجود الشريك ولا شفعة فيه مع الشريك لهذا يندفع ما يقال دعوى الملك صحيحة وان لم تبين
السبب مع اختلاف اسبابه فتأمل قوله ولانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه هذا التعليل الا سائي على
قول ابي يوسف ومحمد لانهما يجعلان النكول اقرارا فيصح الاستحلاف عندهما في كل حق لو اقر به
لزمه واما عند ابي حنيفة رحمه الله فالنكول بذل فيعلل على اصله بانه حق لو بذل به صح بذله فيستحق فيقضى
بنكوله على انه بذل قوله وذكر في الفتوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا لان الشفيع يحتاج

الى اثبات

الى اثبات ملكه في هذه الدار ولا يمكنه ذلك الا بتعريفه وذلك بالتحديد فيحدده ايضا قوله فان عجز
عنه استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره بهذا
على الحاصل والاول على السبب ولقد استوفينا الكلام فيه في كتاب الدعوى وذكرنا الاختلاف فيه
بتوفيق الله تعالى ردد بين التحليف على الحاصل والسبب هو كانه يحول عليها اذا كان الدعوى
في الشفعة بالشركة فيما يحتمل القسمة لانه اذا كان في الشفعة بالجوار بالشركة في الحقوق او بالشركة فيما لا يحتمل
القسمة يجب ان يحلف على السبب دون الحاصل لانه في استحقاق الشفعة بالجوار او بالشركة فيما
لا يحتمل القسمة او بالشركة في اختلاف العلماء فالشافعي رحمه الله لا يقول بالشفعة الا في الشركة
في عين يحتمل القسمة فلو جعلناه على الحاصل ربما يتأول قول لا يرى الشفعة بها فلا يحنث فيتضيع
حق المدعي وقد مر في الدعوى انه اذا كان في التحليف على الحاصل ترك النظر في جانب المدعي يحلف على
السبب بالاجماع فلا يكون لهذا التردد معنى او يقال اراد بالتحليف على الحاصل هنا ان يحلف بالله ما يستحق
في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكر على من يرى الشفعة به فقد ذكر في بعض الكتب لو ادعى شفعة
بالجوار قبل حلف لا يرى الشفعة به قال لا شفعة يحلف بالله ما له قبلك شفعة في هذه الدار على قول من يرى الشفعة
بالجوار ولا يحلف بالله ما لهذا قبلك شفعة في هذه الدار لانه يحلف بناء على مذهبه فيفوت حق المدعي
قوله وينفذ القضاء عند محمد رحمه الله ايضا لانه فصل مجتهد فيه انما قال محمد رحمه الله ايضا لان الاشكال
انما يجيء على مذهبه لانه لا يجوز القضاء عنده حتى يحضر الشفيع الثمن فقال وينفذ عند محمد رحمه الله ايضا
لا يبطل مجتهد فيه كذا في الشاهان واعترض عليه بان القضاء اذا كان لا يجوز عنده حتى يحضر الشفيع
الثمن كان نفس كون القضاء مجتهدا فيه ونفس القضاء اذا كان مجتهدا فيه لا ينفذ بالاجماع الا اذا حكم قاض
آخر بنفاذه كالقضاء بالحجر على السفيه لما كان مجتهدا فيه لا ينفذ بالاجماع الا اذا امضاه قاض آخر
اجيب عنه بانه لا اختلاف في نفاذ القضاء على تقدير وجود ثلث في وجوب التوقف في القضاء
الجائز القضاء لوجوب التوقف في حجره ان يجب التبع فوق القضاء لكن لو قضى انفذ قضاؤه كالقضاء بشهادة
الفاسق ينفذ ولكن لا يجوز القضاء لوجوب التوقف في خبره بالنص وقد اجيب بان المصنف رحمه الله بين نفاذ القضاء عند
محمد على انه صادق فصلا مجتهدا فيه ولو كان الاختلاف في وجوب التوقف وحل الاقدام على القضاء لم يكن للتعليل
المذكور معنى لانهم لو كانوا متفقين على وجوب التوقف في القضاء مع اتفاقهم على نفاذه لو قضى
لكان نافذا عند محمد رحمه الله ايضا لان حل الاقدام على القضاء ليس شرطا لصحة القضاء ونفاذه فلا يكون
للاختلاف المذكور تأثير في النفاذ الا ان يقال الاختلاف المذكور ان كان لا يؤثر في نفي النفاذ فهو يؤثر
في ثبوته بالطريق الاولى يعني انهم لو كانوا متفقين على وجوب التوقف فكان نافذا فلا ينفذ وهو مجتهد
فيه اولى ثم يقال القضاء المجتهد فيه فهو ان يكون الاختلاف في نفس القضاء هل هو نافذ ام لا كالقضاء بالحدود
في القذف وقضاء الرجل لامرأته واما القضاء في فصل مجتهد فيه فهو ان يكون القضاء في مسئلة اختلف غير نفاذ
القضاء بنفس القاضي اخذ بقول البعض كالقضاء على الغائب فانهم اختلفوا ان البينة هل يكون حجة بغير حاضر

لاسيما القضا
او الى وصار مجتهدا فيه

ام لا فاذا اراد بها القاضي حجة وقضى بها كان قضاء في فصل مجتهد فيه كالقضا بشهادة المحدود في القذف اذا تاب او شهادة رجل وامراتين في باب القصاص فانهم اختلفوا في شهادة المحدود هل هي حجة فكذا شهادة النساء في باب الحدود والقصاص فاذا اراد بها القاضي حجة وقضى بها كان قضاء في فصل مجتهد فيه والقضاء في مسئلة الشفعة قضاء في مسئلة تختلف فيها وهي ان المنازعة بدون احضار الثمن هل هي صحيح فاذا اراها القاضي صحيحا وقضى بها كان قضاء في فصل مجتهد فيه لا قضاء مجتهد فيه فينفذ بالاجماع والله اعلم قوله ثم وجه هذا الفسخ المذكور انه ينفسخ في حق الاضافة الى المشتري يعني لما اخذ الشفيع الدار بالشفعة جبرا بين البائع والمشتري صار ذلك الانفساخ الحاصل من فسخ القاضي منحصرا في حق المشتري لا في حق البائع وصار الشفيع بسبب اخذ الدار بالشفعة قائما مقام المشتري وذلك لانه لو انفسخ البيع بفسخ القاضي البيع الذي من المشتري من كل وجه في حق البائع والمشتري صار كان بيع لم يكن فح يبطل الشفعة ايضا لانه انما يجب بالبيع الى هذا اشار بقوله الا انه يبقى اصل البيع لتعذر الانفساخ لان الشفعة بناء عليه لكنه يتحول الصفقة اليه كذا في الشرح ويشكل بان انتقاض البيع من كل وجه لا يوجب بطلان حق الشفعة الا يرى ان البائع والمشتري اذا اختلفا في قدر الثمن والبائع يدعي الاكثر وتحالفا يفسخ القاضي البيع ويأخذ الشفيع والفسخ بالتحالف فسخ في حق البائع والمشتري مع انه لا يوجب بطلان حق الشفيع وكذا لو باع عقارا بعبد فمات العبد قبل القبض انتقض البيع نص على ذلك في الشرح على ما سبق ثبت للشفيع ان ياخذ العقار بقيمة العبد مع ان البيع ينفسخ بهلاك المعقود عليه قبل التسليم من كل وجه فعلم ان انفساخ العقد من كل وجه لا ينافي ثبوت حق الشفعة والجواب عن الاول ان العقد بالتحالف وان كان ينفسخ في حقهما فالانفساخ يكون بطلبهما او طلب احدهما فلا يظهر في حق الشفيع كالاقالة وههنا قد انفسخ العقد في حق المشتري رعاية لحق الشفيع فلو انفسخ في حق البائع لرعاية حقه ظهر الفسخ بينهما في حق الشفيع فيبطل حق الشفعة وعن الثاني انه صرح في المحيط بان في بيع المقايضة اذا هلك احد البدلين يبقى العقد لكن بقيمة الفائت قوله ولكنه يتحول الصفقة فان قلت اذا اشترى دارا لم يرها فقبل الشرى فليس له خيار الروية ولو تحول الصفقة اليه لما ثبت للشفيع خيار الروية الا يرى ان الموكل لما اشترى اذا كان بملك المشتري بطريق تحويل صفقة الوكيل اليه لا يثبت خيار الروية للموكل اذا لم يثبت للوكيل وكذا اذا شرط المشتري بطريق تحويل صفقة الوكيل اليه البراءة من كل عيب ثم اخذها الشفيع فله ان يردها بالعيب ولو كان الاخذ بطريق التحويل لما ثبت للشفيع ولاية الرد بالعيب كما لم يكن هو للمشتري قلت العقد يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب وانما تغير في حق المشتري لعارض الشرط وشرط البراءة وجد من حق المشتري دون الشفيع فتحولت الصفقة موجبة للسلامة نظرا الى الاصل وكذا لو كان المشتري راى بالدار عيوبا عند الشرى وقبله ولم يرى الشفيع شيئا من ذلك كان له ان يردها لان براءة البائع عن العيوب في حق المشتري لما كان بعارض قبوله ولم يوجد ذلك العارض في حق الشفيع واما مسئلة الوكيل فان الموكل لما وكل الوكيل بالشرى فقد اقامه مقام نفسه ورضي بما فعله عليه فكان سقوط خيار الروية من الموكل فرارا منه رضيا بتوكيله كذا في الشرح

قوله

قوله لان الصفقة لا يتحول من الوكيل الى الموكل كيف ولو كانت متحولة لكان الحقوق الى الموكل دون الوكيل كما ان الحقوق من تسليم الثمن وغيره يكون الى الشفيع لتحول الصفقة اليه كما سبق الحقوق الى الوكيل علم ان الصفقة لا يتحول منه الى الموكل بل ينعقد بينهما مبادلة حكمية حتى يرد الموكل على الوكيل بالعيب ويتحالفان اذا اختلفا في الثمن واما لا يثبت خيار الروية للموكل لانه لا يثبت الا في حقوق المشتري والمشتري هو الوكيل اما الموكل فاجنبي عن العقد انما هو خليفة الوكيل في حق الملك كالمولى يخلف عن العبد الماذون في حق الملك ولا يثبت خيار الروية للمولى وكذا الموكل قوله من اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قلت الصبي والعبد المحجور اذا كان موكلا بشرى الدار فاشتريا لا يرجع حقوق العقد اليهما بل يرجع الى الامر فيجب ان يكون الخصم للشفيع موكلهما دون الصبي والعبد لعدم رجوع الحقوق اليهما وكون المشتري للغير خصما للشفيع باعتبار رجوع الحقوق اليه فحيث لا يرجع الحقوق اليه لا يكون خصما للشفيع فيجب ان يستثنى وهما من عموم قوله من اشترى له والله اعلم قوله الا انه لم يبق له حق ملك ولا يد فيكون الخصم هو الموكل قد يقال الوكيل لا يجعله خصما باليد والملك حتى لا يبقى خصما اذا لم يبق له يد ولا ملك بل هو خصم باعتبار ان الخصومة في الشفعة من حقوق العقد والوكيل هو الذي ترجع اليه الحقوق قبل التسليم الى الموكل وبعده فيجب ان يكون خصما في الحالين قوله وهذا لان الوكيل اي بالشرى كالبائع من الموكل قلت توكيل المسلم الذمي بشرى الخمر والخنزير او بيعهما جائز عند ابي حنيفة رح فلو كان الوكيل بالشرى كالبائع من موكله لم يصح توكيل المسلم الذمي بشرى الخمر والخنزير حيث يصير كانه اشترى الخمر ثم باعها من الموكل والبيع الحقيقي حرام فكذا الحكمي اذ الشبهة في باب الحرمات كالحقيقة قوله الا انه مع ذلك اي مع كونه كالبائع من الموكل قائم مقام الموكل فيكتفي بحضوره بخلاف البائع فانه ليس بنائب عن المشتري حتى يكتفي بحضور البائع فلذلك يشترط حضور البائع والمشتري ويكتفي بحضور الوكيل قد يقال الوكيل نائب في القبض عن الموكل ما لم يحبس لاستيفاء الثمن اذا احبس لذلك كان قابضا لنفسه ولم يبق نائبا عن الموكل حتى لو هلك في يده هلك عليه وسقط الثمن عن الموكل ويلزم الشفيع الوكيل قوله وان كان المشتري شرط البراءة قلت هذا فيما اذا اخذ الشفيع من المشتري ظاهر اما اذا اخذ من البائع فمشكل لان الصفقة يتحول من المشتري الى الشفيع كان الايجاب من البائع باب الا ان الشفيع يقوم مقام المشتري فاذا كان كذلك لنعم ان يتحول شرط البراءة فيه ليس عليه القبول بذلك الشرط ايضا وجوابه ان تحول الى ايجاب الشفيع لرعاية حقه ودفع الضرر عنه والضرر يندفع بتحول اصل الايجاب ولا يتحول السبب مع البراءة عن العيوب لانه جيد الثمن فصل في الاختلاف قوله فلا يتحالفان لانه لا قياس لعدم الدعوى من الجانبين ولا نصا لعدم ورود النص فيه بخلاف البيع بعد القبض لورود النص فيه وان لم يوجد الدعوى ثمة من الجانبين ايضا وفيه بحث لان الاختلاف بين الوكيل بالشرى وموكله يوجب التحالف اذا مع عدم ورود النص وانعدام الدعوى من الموكل بعد تسليمه اليه لانه لا يدعي عليه الزيادة في الثمن والبيع قال ان النص ورد في المتبايعين والوكيل مع الموكل في حكمهما فيكون النص واردا فيه معناه قلنا الشفيع مع المشتري ايضا

في حكم المتبايعين فلا فرق قلت ولا نص هنا فيلحق لا هو في معنى ما يرد فيه النص لانه ورد في البيع
وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي وقد فات التراضي هنا فلم يكن في معنى ما ورد به النص من كل وجه
فلا يلحق به دلالة قوله اذا اختلف الموكل والوكيل بالشرا في الثمن يتحالفان مع ان المبادلة
المنعقدة بينهما حكمية لا حقيقية فلا يكون في معنى ما ورد به النص من كل وجه وقد الحق بالنصوص ولانه
قلت وقال ابو يوسف رحمه الله البينة بينة المشتري لانه اكثر اثباتا وقد يقال البينة انما تقام على الدعوى
وقد سبق ان المشتري لا يدعي على الشفيع شيئا لتخييره بين الترك والاخذ فاذا لم يكن المشتري
مدعيا لم يصح منه اقامة البينة والترجيح بكثرة الاثبات فرع على صحة البينة فلما لم يكن صحيحة لعدم الدعوى
لم يكن لترجيحها على بينة الشفيع وجه قوله ولهما انه لا تنافي فيجعل كان الموجود بيعان قلت
وهذا ايضا يشكل على ما مر انه لا دعوى من قبل المشتري مع الشفيع والبينة انما تترتب على الدعوى فلما لم
يكن المشتري مدعيا لم يكن لبينته عبرة فلا يجعل الموجود بيعين باخذ الشفيع قوله وبعد التسليم نقول
لا يفسخ الثاني هنالك لا ينفسخ الاول اما ههنا بخلافه ووجه الفرق ان حق المالك القديم لا يتعلق بالشرا
الا بعد الاخراج ودار الاسلام فاذا فسخ الشرا الاول قبل الاخراج اليها لم يتعلق به حقيقة وانما
يتعلق بما هو بعد الاخراج وهو العقد الثاني بخلاف الشفيع فان حقه يتعلق بالبيع الاول
كما يتعلق بالثاني فائدة قوله وللشفيع ان ياخذ بايهما شاء فان قلت كيف يصح التخيير ان ياخذ
بالاقل او بالغبن والرفق في الاخذ بالاقل متعين ولا تخيير مع تعين الرفق في احدهما اجيب بان التخيير
مع تعين الرفق في احدهما انما لا يجوز في الواجبات اما في المباحات فيجوز على ان في كل من التعيين فايدة
تظهر في حق المرابحة والتولية فلا يكون الاقل متعينا للرفق مع ان الاخذ بالاكثر احسان منه الى المشتري
وكون فايدة قوله لا يبطل الثاني لا هنا لا ينفسخ الاول اما ههنا بخلافه فان قلت لما ان حق الشفيع
يتعلق بالبيع بانقد الثمن ثم المشتري بالشرا باكثر مما يريد ابطال حقه فلا ينفسخ في حقه كذلك حق المالك
القديم يتعلق بانقد الثمن ثم انه بالشرى باكثر مما يريد ابطال حقه فيجب ان لا يظهر الفسخ في حقه كما لا
لا يظهر الفسخ في حق الشفيع اجيب بانا لا نسلم ان حق المالك القديم بمجرد الشرا يتعلق بالقلت
بل يتعلق حقه بعد الاخراج الى دار الاسلام وقبله لا حق له فيظهر الفسخ على الاطلاق بخلاف الشفيع
حقه يتعلق بنفس الشرى فلا يصح ابطاله بالفسخ قوله ولانه التمليك على البايع بايجابه ههنا انما يستفيد ذا كان
الشفيع من البايع بان كان البيع في يده اما اذا سلم البيع الى المشتري فلم يملكه على البايع حيث لم يوجد له
ملك قوله وكان خلفا بفسخ القاضي البيع على ما عرف وياخذها الشفيع بقول البايع لان فسخ البيع لا يوجب
بطلان حق الشفيع وفيه نظر لان فسخ البيع ان كان لا يوجب بطلان حق الشفيع ففساده يوجب
بطلانه وقد سبق في فصل التحالف معزيا الى ان التحالف يوجب فساد البيع لانه يبقى بيعا بثمن مجهول
او بيعا بلا بدل وذلك يوجب الغا والشفعة في البيع الفاسد وجوابه انه لا فساد بسبب التحالف
في زعم المتعاقدين لان كلا منهما يزعم ان البيع قد وقع صحيحا ببدل معين والفساد باعتبار جهالة

البدل

البدل او علامة وكان ذلك متحققا في زعم البايع والمشتري وكان البيع صحيحا في حقهما حتى لو كان المبيع
جارية حل وطيها بعد التحالف ولو تحقق حق البايع والمشتري كما حلف فلما كان البيع صحيحا في حق البايع
يستحق الشفعة عليه لانه مبني على ثبوت البيع في حق البايع حتى لو اقر البايع والمشتري ينكره يستحق الشفعة
او نقول انما لا تثبت الشفعة في البيع الفاسد اذا وقع فاسدا في الابتدا اما اذا فسد بعد وقوعه صحيحا
فحق الشفيع يبقى على حاله الا يرى ان النصراني دارا بخمر فلم يتقابضا حتى اسلما او اسلم احدهما
قبض الدار والدار ولم يقبض الخمر فان البيع يفسد وللشفيع ان ياخذ الدار بالشفعة لانه انما فسد بعد
وقوعه صحيحا وكذا الفساد بالتحالف انما ثبت بقا لا ابتداء فلا يمنع الاخذ بالشفعة **فصل** فيما
يؤخذ به المشفوع قوله بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد لانه التحق فاما ان يعتبر العقد هبة او بيعا بغير ثمن
فيكون فاسدا ولا شفعة في الهبة ولا في بيع الفاسد كذا في الشرح وفيه نظر لان الشفعة انما لا تثبت
في البيع الفاسد اذا فسد بعد انعقاده صحيحا فحق الشفيع على حاله الا يرى انه النصراني اذا
اشترى من نصراني دارا بخمر فلم يتقابضا حتى اسلما او اسلم احدهما او قبض الدار ولم يقبض
الخمر فان البيع يفسد وللشفيع ان ياخذ الدار بالشفعة لانه انما يفسد بعد وقوعه صحيحا
وكذا اذا اختلف البايع والمشتري في قدر الثمن فتحالفا يفسد البيع لجهالة الثمن او عدمه مع ان
للشفيع ان ياخذ بالشفعة لان الفساد طار ولا يخفى ان الفساد عند الالحاق حط الكل باصل العقد فساد طار
فيجب ان لا يبطل حق الشفيع قوله وان المشتري والبايع لم يلزم الشفيع الزيادة هذا لانه قد استحق الاخذ
بالثمن الاول قبل الزيادة والمشتري لا يملك ابطال الحق الثابت له فلا يملك بغيره ايضا وصح ان لهذه الزيادة
تفسيرا للبايع ولا يلزم الشفيع فيملك ذلك له الولاية على نفسه دون الشفيع الا يرى انه لو جدد العقد مع البايع
باكثر من الثمن الاول صح ذلك في حقه وكان للشفيع ان ياخذ بالثمن الاول فان قلت ما وجه الفرق بين
هذا وبين البيع مرابحة فان هناك استوى الحط والزيادة في حق الالتحاق باصل العقد وفي الشفيع فرقا
حيث يلتحق الحط به دون الزيادة قلنا بيع المرابحة غير مستحق عليه فليس في التزام الزيادة في حكم المرابحة
ابطال حق مستحق عليه بخلاف الشفعة فانا لو الحقنا الزيادة باصل العقد في حق الشفيع يلزم ابطال
حق الشفيع باقل من ذلك الثمن كذا في الشرح قلت المرابحة على الثمن الذي اشتراه الا انه لم يستحق عليه
على ذلك الثمن يستحق عليه واراد ان يبيعه مرابحة وهذا الحق يبطل بالتحاق الزيادة باصل العقد حيث لا
ينبغي لغيره ان يبيعه مرابحة على الثمن الاول بعد ما كان هذا اللزوم هنا بحث وذلك ان
الشفيع اذا علم بيع الدار بالف فسلم الشفعة ثم ان البايع زاد في المبيع عبدا وامة كان للشفيع
ان ياخذ الدار بحصتها من الالف ويلتحق هذه الزيادة باصل العقد في حق الشفيع فيرد حطه ان
البيع كان باقل مما علم ولا يخفى ان الشفيع لما سلم الشفعة حين علم انهما تعاقدا بالالف لزم البيع في حق
المشتري وهذا اللازم الذي يفيد حق المشتري يبطل بالتحاق الزيادة في المبيع باصل العقد فيجب ان لا يلتحق
في ابطال هذا اللزوم كما لا يلتحق به الزيادة في الثمن في ابطال حق ما ثبت للشفيع في اخذ الدار بالثمن الاول وجوابه

ان الزيادة في الثمن او المبيع او الحط من الثمن انما يكون بالتراضي لما مرت الاشارة اليه في قوله ولنا انهما
يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع هو كونه خاسرا او رابحا او عدلا ولهما ولاية الرفع
فاولى ان يكون ولاية التغيير فكان بطلان اللزوم في حق المشتري بالزيادة في المبيع بعد تسليم الشفيع الشفعة
لرضاه **فصل قوله** وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يكلف القلع ويخير اي الشفيع بين ان يأخذ بالثمن وقيمة
البناء والغرس قائمين على الارض غير مقلوعين وبين ان يترك كذا في شرح الطحاوي قوله وبه قال
الشافعي رحمه الله وبالتخيير الذي ذكره ابو يوسف رحمه الله قال الشافعي رحمه الله قوله الا ان عنده يعني
ان الشافعي رحمه الله في حق هذا التخيير الذي ذكره ابو يوسف رحمه الله معه ولكن للشافعي رحمه الله قول آخر وهو
ان يقلع الشفيع البناء ويعطي قيمة البناء بعد القلع كذا في الشرح قلت هذا ليس قولا آخر من الشافعي
بل الشافعي رحمه الله يقول بما قال ابو يوسف من التخيير بين ان يترك وان يأخذ ويعطي قيمة البناء والغرس
قائمين غير مقلوعين والقلع واعطاء النقصان فيما بعد اتفقنا انه ليس للشفيع ان يقلع البناء مجانا
اتفقنا على التخيير غير ان ابا يوسف رحمه الله قال بالتخيير بين شيئين والشافعي قال بين ثلاثة لان الشافعي في
احد قوليه قول ابي يوسف الثاني قول آخر كما يشعر به لفظ الشرح قوله وهذا لانه حق اقوى فان قيل
تكليف المشتري القلع يلحق ضررا فاحشا له ولو اوجبنا قيمة البناء والغرس على الشفيع عند اختياره الاخذ يلزم
ضرر زيادة الثمن الا انه لا جابر الا انه يدخل مقابلته في ملكه عوض وهو البناء والغرس والضرر ببدل اهون من الضرر بغير
بدل فيجب دفع اعلى الضررين بتحمل ادنى قلنا الترجيح انما يكون بعد المساواة في اصل الحق ولا مساواة
هنا لتقدم حق الشفيع وربما لا يوافقه لو اخذه فيحتاج الى نقضه ضرر زائد كذا في الكافي وفيه بحث
لانكم قد جعلتم حق المشتري فيما اذا زرع في حق لا يؤمر بالقلع بل يؤخر حق الشفيع الى ان يدرك الزرع لان
ضرر الشفيع في تأخيره الى غاية معلومة يسيرة اهون من ضرر ابطال حق المشتري في القلع فعلم ان تقديم حق
الشفيع على حق المشتري لا يمنع ترجيح حق المشتري على حقه كيف ولو كان مانعا له لبطل الترجيح في صورة الزرع
وليس كذلك والله اعلم وجوابه انه لا ترجيح في صورة الزرع بل فيه رعاية الحقين لان ما يبقى الزرع بالاجر فكانا
فيكون فيه رعاية حق المشتري بالابقاء الى ان يدرك ورعاية حق الشفيع بايجاب الاجر على المشتري للشفيع فلا
يكون من قبيل تحمل ادنى الضررين بابطال الاعلى قوله ولان حق الاسترداد فيها ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء
وهذا الحق يبقى قوله بل حق الاسترداد للبائع في البيع الفاسد يبقى بعد البناء عند ابي يوسف رحمه الله على ما مر
في احكام البيع الفاسد فلا معنى الى الاستدلال على الخصم في اثبات الضعيف بما هو عين النزاع وايضا الجواب
ان يقال ان حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع على
ما ذكره المصنف فيما مر قلت بغير قيمته مقلوعا اي مستحق القلع قوله ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري
لانه مجبور عليه كانه اراد بالمشتري المأخوذ منه الدار اعم من ان يكون بايعا او مشتريا يدل عليه لفظ الكافي من قوله
لا يرجع بالعوض وقيمة الولد لان المأخوذ منه مجبر على الدفع هذا لفظه وانه مشكل لما ذكره في الكافي في فصل المغرور
من قوله ولو باع داره من اجنبي ووارثه شفيع لا تجب الشفعة وهذا على وجهين انه باع بمثل قيمتها فلا شفعة

خلافا لهما لان الصفقة تتحول اليه فصار كانه باع من الوارث ونفس البيع وصية عنده فبطل وان باع
بمحاباة فلا شفعة له عندهم اجاز بقية الورثة او لم يجيزوا هذا كلامه وقد اعتبر في هذه المسئلة المريض
من الاجنبي ووارثه شفيع بيعا من الشفيع مجازا حتى اعتبر وصية من الوارث ولو كان بيعه مجازا
من كل وجه لم يكن ذلك وصية للوارث الشفيع اذ الوصية لا يكون الا مجازا وذلك انه لما باع
من اجنبي مع ان الشفيع يأخذها جبرا صار كالراضي بالبيع من الشفيع **قوله** لان البيع يسري اليه على ما عرف
في ولد المبيعة اي بعد القبض يعني اذا ولد من المبيعة بعد القبض يسري حكم البيع اليه حتى لو وجد عيبا
باحدهما له ان يردها كما لو اشترى عبدين فوجد باحدهما عيبا لكن لا يقابله شيء من الثمن لانه صار
تبعا ولم يكن موجودا حالة البيع ولا عند القبض الذي له شبه بالبيع كذا في الشاهان وكانه سهو من الكاتب
والصواب ان يقول اي قبل القبض يعني لو ولدت المبيعة قبل القبض وهذا لان الرواية منصوصة في
موضع ان المبيعة اذا ولدت ولدا يمتنع الرد بالعيب لانها لو ردت فاما ان يرد مع الولد او بدونه لا وجه الى
الاول لانه لو رد الولد فاما ان يرد مقصودا او تبعا لا وجه الى الاول لان الرد بالعيب فسخ العقد من
الاصل وفسخه انما يكون في حق الذي ورد عليه العقد ولم يرد عليه ولا الى الثاني لان الولد بعد الانفصال
ليس تبعا للاصل لا حقيقة ولا حكما فان شيئا من احكام البيع لا يثبت في الولد الحادث بعد القبض ولا وجه
الى فسخ العقد في حق الاصل دون الولد لان الولد مبيع من وجه لانه متولد من المبيع والمتولد من الشيء
يحدث على صفة الاصل كالمتولد من المدبرة والمكاتبة ويكون مبيعا من كل وجه لا يسلم للمشتري بعد
فسخ العقد مجانا لانه لا ربوا فكذا ما يكون مبيعا من وجه كذا ذكره الشارح في كتاب الهبة ثم ما ذكره في الشاهان
محل تامل وقال الشارح عند قوله على ما عرف في ولد المبيع يعني ان الجارية المبيعة اذا ولدت ولدا قبل قبض
المشتري يسري حكم البيع الى الولد حتى يكون الولد ملك المشتري كالام قلت هذا البيان لا يلائم هنا اذ الكلام
فيما اثمرت النخل بعد قبض المشتري يعرف بادنى تامل فالاولى ان يقال اذا ولدت المبيعة بعد القبض
يكون الولد مبيعا تبعا بطريق السراية ولهذا لا يجوز للمشتري ان يرد الام بالعيب بدون الولد على ما ذكرنا
فلما كان مبيعا تبعا ياخذه الشفيع لانه ياخذ الاصل فياخذ التبع ايضا **قوله** فان جده المشتري سقط
عن الشفيع حصته قلت التقييد بقوله فان جده يشير الى انه لو سقط الثمار من النخيل بنفسها لا تسقط
عن الشفيع حصتها وليس كذلك لان هذا جواب الفصل الاول وهو ما اذا ابتاع الارض وعلى نخيلها ثمر
وفيه الجواب في جد المشتري او سقوط الثمار بنفسها واحد لانه دخل في البيع بالذكر فكان
مبيعا مقصودا فيقابله الثمن سواء تلف قصدا او مقصودا او القبض او لا فكان اسقاط الكل اتفاقيا
باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب قوله لانه لا قرار له بما قررنا في اول البيع من قوله
ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسم لانه متصل به اتصال قرار فكانه اراد انه لا قرار له
مثل قرار العقار اي لا دوام له مثل دوام العقار فلا يكون مثله والشفعة وجبت في العقار بالنص فلا يلحق به
الا ما كان مثله من كل وجه والبناء وان كان له قرار ودوام حتى يدخل في البيع بلا ذكر فليس قراره ودوامه

كقرار العقار ودوامها فلا يلحق به فلا يجب فيه الشفعة والله اعلم **قوله** وكذا الدم والعتق
غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الحاصل المطلوب فلا يتحقق فيهما وقد يشكل بان
دم العمد يصلح بدلا في الصلح حتى لو صالحه على ان حقن الدم على ان عفي الآخر عن القصاص له
قبل رجل آخر كان جايزا وقد صرح الشارح في كتاب الصلح عند قوله حتى ان ما يصلح مسمى في الصلح
مسمى هنا ان من شرط الصلح ان يكون ما يستحق بالصلح متقوما كما صالح على ان الشارح قد صرح في الصلح
نقلا عن المبسوط ان القصاص متقوم فلا بد من حل الاشكال ووجه التوفيق وايضا قد صرح المصنف
في باب ما يبطل فيه الشفعة بان الاعتاق على مال اعتياض عن ملك في المحل حيث قال وبخلاف الطلاق
والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل حيث قال وبخلاف الطلاق فاذا كان العتاق اعتياضا
عن ملك في المحل كان مبادلة مال بمال متقوم لان ملك العبد متقوم **قوله** او يصالح عليها
بانكار الى قوله او يصالح عنها مكان قوله عليها وما ذكر في اكثر النسخ غير صحيح الا بتأويل بعيد بان يحمل
على معنى اللام اي يصالح لاجل ابقاء الدار في ملكه ولا يحمل صلة لقوله يصالح او يحمل مستعارا بمعنى
عن واتيانها بذلك تكلف **قوله** فان صالح عليها باقرار اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه انما قيد به لانه
اذا كان من جنس حقه فلا يكون معارضة وذلك بان ادعى عقارا فصولح على بعض منها فان قلت كيف
يصح ان يكون بدل الصلح من حقه وقد مر في كتاب الصلح ان الصلح في العقار على بعض منها لا يجوز قلت بل
يصح في ظاهر الرواية على ما ذكرنا في الصلح ولان معنى عدم الجواز انه لا ينقطع حقه عن الباقي فاما
اخذ منه فاخذه جايز لكن لا شفعة فيه لو كان عقارا لانه ليس بمبادلة **قوله** لان البيع يصير سببا لزوال الملك
عند ذلك اي سببا تاما والا فالبيع بشرط الخيار سبب في الحال انما المتراخي هو الحكم على ما عرف **قوله** وفيه
اشكال اوضحناه في البيوع قال الشارح هذه الحوالة غير رائجة في حق الاشكال بل فيه جواب الاشكال
وهو قوله ومن اشترى على انه بالخيار فبيعت دار الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب
الشفعة يدل على اختياره الملك الى ان قال وهذا التقدير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رح كذا في الشرح
قلت المصنف رحمه الله وان اوضح جواب الاشكال هناك ولكن وجهه يتضمن بيان الاشكال ايضا
على ما لا يخفى ذلك على الفطن حيث قال ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخرى بجنبها فاخذها
الشفيع فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختيار الملك فيها لانه ما يثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك
بالملك فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فثبت الملك وقت الشراء فتبين ان الجوار كان ثابتا
وهذا التقدير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رحمه الله الى هنا لفظه فقوله يحتاج اليه اشارة الى
الاشكال الحالة عليه ثم قد ذكرنا في خيار الشرط ان الاشكال غير متوجه على ابي حنيفة رحمه الله لان
استحقاق الشفعة لا يتوقف على الملك بل يكفيه احق بها تصرفا الا يرى ان المأذون المستغرق بالدين و
المكاتب يستحقان الشفعة اذا بيعت دار بجنب دار بيدهما وان لم يملكا رقبة الدار ولا يخفى ان المشتري بالخيار
وان كان لا يملك الدار المبيعة فهو احق بها تصرفا البتة فيستحق الشفعة كما يستحق المكاتب والمأذون فاذا لم يكن يملك الدار التي

يتشفع بها شرطا لاستحقاق الشفعة بل يكفي لاستحقاقها كونه احق بها تصرفا لم يكن للاشكال المذكور معنى
وجوابه ان كونه احق بالدار تصرفا وان يكفي لثبوت حق الشفعة فلا بد وان يكون ذلك على الدوام في الجملة
واشتراط الخيار الذي يستوي معه احتمال الرد والامضاء ينافي ظهور الدوام وذلك ان الشفعة
ما شرعت الا لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام فلا بد وان يكون للشفيع به التصرف على الدوام ليتوهم
الضرر الدائم فيندفع بالتملك جبرا ثم اعترض على ما ذكر في تخريج قول ابي حنيفة رحمه الله من قوله
فتبين ان الجوار كان ثابتا بان الملك الثابت في ضمن طلب الشفعة ثابت بطريق الاسناد فثبت من
وجه دون وجه فلا يكفي لثبوت حق الشفعة وجوابه ان الملك اذا كان ثبت بالاسناد فهو يثبت بسبب
موضوع للملك حتى يظهر في الزوايد المتصلة والمنفصلة فكان قويا فيظهر في حق الاخذ بالشفعة
ايضا **قوله** بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا قلت
كونه احق بالدار تصرفا وان يكفي لثبوت الشفعة لكن اذا كان على وجه الدوام لان حق الشفعة لا يثبت الا
لدفع ما يتوهم من سوء الجوار وذا لا يتصور الا في حق من ثبت له التصرف في الدار على الدوام ظاهرا
وخيار الشرط ينافي ظهور الدوام لاستواء احتمال الامضاء مع احتمال الرد فيجب ان لا يثبت له الشفعة بهذا
الاعتبار الا ان سقط الخيار عند الاقدام على الاخذ بالشفعة لانه دليل الاستدامة الملك **قوله** فسخ من كل وجه
فعاد الى قديم ملكه فان قلت لو كان الرد فسخا من كل وجه لبطل حق الشفعة لانه مبني على البيع فاذا
انفسخ البيع من كل وجه كيف يثبت به حق الشفعة اجيب بان اثر الفسخ يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى
قلت ومراده الرؤية بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء **قوله** ذكر في المحاسن
في باب البيع الفاسد انه لو باعه المشتري ثم رد عليه بعيب بقضاء لم يملك بيعه من بايعه باقل مما
باع لانه فسخ من كل وجه بخلاف ما لو رد برضاء قبل القبض او بعده او بالاقالة لانه بيع جديد في حق ثالث
والبايع الاول ثالثهما هذا كلامه ووجه الاشكال ظاهر حيث اعتبر الرد قبل القبض بالعيب بالرضاء
بيعا جديدا حتى جاز للبايع ان يشتريه من المشتري الاول بعد ما رد عليه مشتريه بالعيب قبل القبض
برضاء باقل مما باعه واعتبر فسخا في حق الاخذ بالشفعة وجوابه ينظر فيما ذكرنا في باب خيار العيب
قوله انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط اي في القسمة التي لا يجبر الآبي على ذلك وهو القسمة
في الاجناس المختلفة اما في ما يجبر عليه فلا يثبت فيها خيار الرؤية والشرط لان ثبوتهما لا يفيد لانها متى
نقضا القسمة بينهما يجب اعادتها كما وقعت اول مرة كذا في الخزانة وقوله فيما يتعلق لزومه بالرضاء
يشير الى ما ذكرنا **قوله** واذا ترك الشفيع الاشهاد الى آخره وعبارة
الكافي هنا اوضح حيث قال ويبطل الشفعة بترك احد الطلبين المواثبة وطلب التقرير حتى لو ترك
الشفيع طلب المواثبة حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بان لم يأخذ احد فيه او لم يكن في الصلوة بطلت
شفعته وكذا لو طلب المواثبة لم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار الى آخره واما الالفاظ المصنف فيحتاج الى
التأويل والعدول عن الظاهر بان يراد بالاشهاد حين علم طلب المواثبة لما ان الاشهاد في اول

الطلب الذي هو طلب المواثبة ليس بشرط حتى لو ترك الاشهاد عليه لم يبطل شفعه ولكن ينبغي ان يشهد
عليه ايضا للحاجة اليه عند التجاحد وهكذا المراد بقوله وكذلك ان اشهد في المجلس طلب المواثبة
بخلاف القصاص لانه حق متقرر اي نفس المحل وهو نفس القاتل فيصح الاعتياض عنه قلت وهذا انما قرر ما
ذكر في الجنايات من قوله واذا قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية
يقتسمانه بنصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي رحمه الله في التعاقب يقطع بالاول
وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن ولنا
انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع
المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع الثاني بخلاف الرهن لان الحق في المحل
وصار كما اذا قطع العبد يمينهما على التعاقب استحقا رقبته لهما هذا كلامه ثم لو سلم ان لولي المقتول حقا
في المحل فلا يخفى ان ملكه في المحل ضروري لا يظهر الا في حق استيفاء فينبغي ان لا يظهر في حق الاعتياض
وكذا ملك الزوج في المنكوحة ملك ضروري لا يظهر الا في حق حل الاستمتاع فيجب ان لا يظهر في حق الاعتياض
فالظاهر ان يحال جواز الصلح عن حق القصاص والخلع مع المنكوحة الى النص الوارد فيهما على خلاف
القياس ولان بالموت الى آخره عطف على قوله وقد مر في البيوع لانه اشارة الى تعليل ذكره
في البيوع وهو ان الخيار مشيئة وارادة ولانها لا تورث وحق الشفعة ايضا مشيئة وارادة اذ لا حق له في
المحل قبل التملك وفي بعض الحواشي انه عطف على محذوف وهو ما ذكره من قوله لان حق الشفعة ليس بحق
متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك ومجرد الحق لا يورث ويثبت الملك للوارث بعد البيع لا انه
ملك الوارث عين ملك المورث حتى يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا بشراء المورث اجيب بانه
ملك متجدد من وجه حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة فلا يبقى حق الشفعة بالشك
ولقائل ان يقول كونه عين ملك المورث يقتضي ان يبقى حق الشفعة وكونه ملكا متجددا يقتضي ان لا
يبقى وحق الشفعة قد كان فلا يبطل بالشك لان الاول يأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته
وسعي الانسان في نقض ما تم من قبله مردود الى دعوى الانسان عدم لزوم ما تم ولزم من قبله مردود
لان الاقدام على العقد الذي اصله اللزوم اقرار منه بلزومه فبعد ذلك لو ادعى ما يوجب عدم اللزوم
كان متناقضا وبهذا ينحل كثير من الاشكالات على قولهم سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود
يعرف بالتأمل والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء يعني ان شراءه
لغيره ان كان ينتقض بالاخذ بالشفعة فقد يخلفه شراؤه مثله والنقض الى خلف كلا نقض بخلاف البيع
فانه ينتقض لا الى خلف وتوضيحه ان الملك يثبت للموكل خلافة عن الوكيل وكان ملكه ملك الوكيل اعتبارا
وبالاخذ بالشفعة يتقرر ملك الوكيل فلا يكون ساعيا في نقض ما تم من جهته حكما ثم هذا يشكل حيث
ذكر في الكافي في الفصل المتفرقات من كتاب الشفعة ما يدل على ان تمام شرى الغير يبطل ماله من حق الشفعة
حيث قال دار لها شفعاء ثلاثة اشتراها اثنان منهم صفقة واحدة على ان يكون لاحدهما سدسها

وللآخر خمسة اسداسها صح الشراء لا شفعة لاحدهما على صاحبه لانهما متى ابتاعا صفقة صار كل واحد
منهما متمما عقد صاحبه لانه لا يصح شراء احدهما الا بقول الآخر فلو اخذ نصيب صاحبه بالشفعة يصير
ساعيا في نقض ما تم به هذا كلامه ووجه الاشكال ظاهر لان الاقدام على تمام شرى صاحبه
لا يربو على الشرى للغير او اجازة الشرى له بان شرط المشتري الخيار لغيره وهو شفيع الدار فامضى
الشراء وذلك لا يبطل حق الشفيع فكذا هذا فتأمل فهذا يحتاج الى مزيد تأمل قوله قيمتها الف
او اكثر قال الشارح تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لو كانت قيمتها اقل مما اشترى من
الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا قلت التقييد قد يكون للاحتراز وقد يكون لاثبات الحكم في غيره
بالطريق الاولى وهو التقييد بقوله قيمتها الف او اكثر لاثبات انه لو كانت اقل من الالف يبطل الشفعة
بالطريق الاولى قوله والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينارا حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف
فيجب رد الدينار لا غير وقد يقال في احتمال لحوق الضرر بالمشتري اذ البائع ربما لا يشتري الدينار من
المشتري بالدراهم الثمن فيتضرر المشتري بشراء الدار باضعاف قيمتها الا ان يقال لما تواضعا على اخذ الدينار
فالظاهر هو الجري على المواضعة فاحتمال ان لا يشتري الدينار خلاف الظاهر بخلاف الاستحقاق فانه لا مرد له
قوله لان الغرة في هذا التفرقة الصفقة لا للثمن فيه اشارة ظاهرة الى ان تفريق الثمن لا يوجب
تفرق الصفقة على خلاف ما اشار اليه في اول البيوع بقوله الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات
معنى وقد ذكرنا ان فيه اختلاف الروايات فليرجع اليه **كتاب القسمة** اوردها عقيب الشفعة
وان كان الانسب ايرادها عقيب الشركة لان كلا من القسمة والشفعة مبادلة خيرية اما الشفعة
فظاهر وكذا القسمة في متحد الجنس ولان كلا منهما من نتائج الشركة اما القسمة فظاهر وكذا الشفعة
لان اقوى اسبابه الشركة في نفس المبيع ولان القسمة قاطعة للشفعة مانعة لها رجوعا الى قوله عم
الشفعة فيما لا يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة والنفي يقتضي الثبوت فكانت
بينهما مناسبة التضاد والمتضادان يفترقان ان لا بد من تقدم المثبت على النافي قوله والافراز هو
الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت قال في الكافي معنى الافراز والتمييز في المكيلات
والموزونات والعدديات المتقاربة اظهر لعدم التفاوت بين ابعاضها لان ما يأخذ مثل حقه صورة ومعنى
فامكن ان يجعل عين حقه الا يرى ان لاحدهما ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو كانت مبادلة يشترط
رضاه هنا بحث حيث ذكر في الذخيرة في فصل القسمة في المضاربة لو ان رب المال قبض رأس المال
اولا ثم اقتسما الربح واخذ المضارب حصته ولم يقبض رب المال حصته حتى هلك حصة رب
المال فالذي هلك يهلك عليهما والذي في يد المضارب بينهما لان القسمة قد انتقضت حصة رب
المال والاصل ان في قسمة المكيل والموزون اذا هلك احد النصيبين قبل القبض انتقضت القسمة
ويعود الامر الى ما كان قبل القسمة لان هذه القسمة مبادلة من وجه افراز من وجه فباعتبار المبادلة اذا هلك
احد النصيبين قبل القبض ينتقض القسمة ولا ينتقض ويستطيع حق من هلك نصيبه عما قبض صاحبه وباعتبار الافراز ينقطع

بالشك والاحتمال الى هنا لفظه فلو كانت القسمة في المكيلات افرازا لا مبادلة لم ينتقض القسمة فيها بهلاك احد النصيبين ولم يكن لما ذكر في الذخيرة من تحقق الشك في انقطاع حقه عما قبضه صاحبه وجه اذ الشك يقتضي استواء الجانبين فلا يتحقق مع ترجح جانب الافراز فكيف مع عدم اعتبار معنى المبادلة كما صرح به بعض المشايخ وذكر في المغني ان في كل موضع يمكن العمل بشبه الافراز والمبادلة يعمل بهما والا فبشبه الافراز لانه راجح ولا يخفى ان العمل بهما في مسئلة المضاربة غير ممكن فيجب ان يعمل بشبه الافراز ثم ما ذكر في الذخيرة مشكل بوجه آخر ايضا لان حق كل منهما قد انقطع عما وقع في نصيب آخر بمجرد القسمة ثم اذا هلك احد النصيبين قبل القبض وقع الشك في عوده على نحو ما ذكر فلا يعود بالشك **قوله** ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اي في غير ذوات الامثال فشبه المبادلة فيها راجح لانها افراز حكما من وجه من حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه اما الحقيقة فظ واما الحكم فلان نصف ما اخذ كل واحد مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القيمة واخذ المثل كاخذ العين حكما فكان افرازا الا ان كل واحد ليس بمثل لما ترك على صاحبه بتعين لان المقسوم ليس من ذوات الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا يثبت المماثلة بتعين فالافراز مع المبادلة استويا في الحكم وترجحت المبادلة بالحقيقة وذكر في المبسوط وفرع هو تميز فيه معنى المبادلة كالقسمة فيما يتفاوت من النباتات والحيوانات فانها تميز عند اتحاد الجنس وتفاوت المنفعة ولهذا يجبر القاضي عليها عند طلب بعض الشركاء وفيها معنى المبادلة على معنى ان نصيب كل واحد نصفه كان مملوكا له ونصفه عوض عن ما اخذ صاحبه من نصيبه ولهذا لا ينفرد احد الشريكين به ولا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة كذا في الشرح ولا يخفى ان ما ذكر في المبسوط لا يصلح دليلا على ما ادعاه من عموم قوله اي في غير ذوات الامثال كلها حيث جعل في المبسوط القسمة فيما يتفاوت من النبات والحيوانات تميزا فيه معنى المبادلة ولم يجعل مبادلة فيه معنى التميز فهو يشير الى ان معنى المبادلة في غير ذوات الامثال مانع عند اتحاد الجنس فلا يصلح دليلا على عموم قوله في غير ذوات الامثال كلها ثم صرح في المبسوط في موضع آخر بان معنى المبادلة عند اتحاد الجنس مانع حيث قال اذا كان الغنم بين قوم فاراد بعضهم قسمتها وكره بعضهم ذلك فان القاضي يقسم لان اعتبار المبادلة في المنفعة والمالية عند اتحاد جنس الحيوان ممكن للتقارب في المقصود فيغلب معنى التميز في هذه القسمة على معنى المعاوضة وبمعنى التميز يثبت للقاضي ولاية اجبار بعض الشركاء عليه وكذا كل صنف من الحيوان او غيره من الثياب او ما يكال او يوزن بعد اتحاد الجنس يجبر القاضي على القسمة عند طلب بعض الشركاء الا في الرقيق هذا كلامه اللهم الا ان يقال ما ذكر في المبسوط من قوله فيغلب معنى التميز الذي فيه غالبا في حكم الجبر لمساس الحاجة الى ذلك وهو دفع الضرر عن الشريك الطالب لا لان معنى التميز فيه غالب كما في قسمة المثليات وقوله وفرع تميز فيه معنى المبادلة المقصود منه اثبات معنى التميز لا كونه غالبا فيه على معنى المبادلة فانه هناك يتقارب المنفعة وهو حجة في كونه تميزا لا في كون التميز غالبا وبهذا يندفع المخالفة بين ما ذكر في المبسوط وما ذكر في المغني فاما ما دام الشارح يذكرها في المبسوط من اثبات

قوله اي في غير ذوات الامثال كلها فمشكل لان كلام المبسوط لا يدل على معنى المبادلة بل الظاهر يدل على ترجيح معنى الافراز الا ان يقال انه ذكر لبيان الاختلاف بينه وبين ما ذكر في المغني لا دليلا على العموم المذكور اذ الفقه المذكور في المغني يدل على معنى المبادلة انما يترجح في غير ذوات الامثال كلها وما ذكر في المبسوط يدل على انه انما يترجح في ذوات الامثال اذا لم يكن من جنس واحد اما اذا كان فالراجح معنى التميز **قوله** الا اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب بعض الشركاء هذا جواب ما يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض بان يقال لو كان الرجحان للمبادلة لما كان لا يجبر الآبي على القسمة في غير ذوات الامثال قلنا انما يجبر لدفع الضرر عنه كالغريم يحبس حتى يبيع ماله لمنقضي الدين كذا في الشرح قلت قد صرح الشارح في كتاب الوصية في مسئلة واذا كانت الدار بين رجلين فاوصى احدهما ببيت بعينه عند قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع ان قول المص رحمه الله في كتاب القسمة ومعنى المبادلة هو الظ في الحيوانات والعروض محمول على ما لم يكن من جنس واحد قال ومعنى قوله والمبادلة هو الظ في الحيوانات والعروض اي اذا لم يكن من جنس واحد ولا يخفى ان قوله والمبادلة الخ لو كان محمولا على ما اذا لم يكن من جنس واحد لم يتوجه عليه السؤال الذي ذكره الشارح بقوله بان يقال الخ لان القاضي انما يجبر على القسمة اذا كانت من جنس واحد اما اذا لم يكن فلا وكذا لا يكون الجواب الذي ذكره مبنيا اصلا اللهم الا ان يثبت اختلاف الروايتين في متحد الجنس ان التابع فيه معنى المبادلة كما هو المفهوم من المبسوط او معنى الافراز كما هو المفهوم من المغني على ما ذكرنا فح كان قوله وهذا جواب سؤال الخ محمولا على رواية المغني وما ذكر في الوصية محمولا على رواية المبسوط **قوله** لان فيه معنى الافراز وتحقيقه ان في هذه القسمة معنى الافراز والمبادلة وشيء منهما لا يمنع الجبر اما الافراز فظ وكذا المبادلة لان الجبر قد يجري فيها اذا مست الحاجة اليها وتعينت لدفع الضرر عن الغير كما في قضاء الديون **قوله** ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله فان قلت يشكل بما ذكر من قوله ونقدر اجر مثله لئلا يتحكم بالزيادة وذلك التحكم اذا كان منتفيا بتقدير اجر المثل كيف يتحكم بالزيادة على اجر مثله لو تعين اجيب بان التحكم ان كان ينتفي بتقدير القاضي اجر المثل ولكن مع ذلك ينبغي ان لا يجبر الناس على قاسم واحد مبالغة في نفي التحكم **قوله** ليتقرر عليهم ولا يتعدى الى غيرهم اي ليتذكر بالنظر فيه ان حكم القسمة مقتصر عليهم غير متعد الى غيرهم حتى لا يكون ذلك قضاء على شريك لهم آخر ولا على مالك لها كذا في الكافي وهو مشكل لان هذا القضاء لا يحتمل ان يكون قضاء على شريك آخر وعلى مالك للدار وان كان بالبينة لما عرف ان القضاء بالملك ليس بقضاء على الناس كافة بل هو مقتصر عليه فلا وجه يعرف لقوله حتى لا يكون ذلك قضاء على شريك آخر لهم ولا على مالك لها فهو محتاج الى مزيد تامل وفي الشرح ان حكم القسمة بالبينة يخالف حكمها بالاقرار لان بالبينة يتعدى الى الغير حتى لو ادعت ام ولد لهذا الميت او مدبرة هذا العتق فالقاضي يقضي لهما بالعتق ولا يكلفهما اقامة البينة على الموت وحكم القسمة بالاقرار لا يتعدى الى الغير انه لا يقضي بالعتق في هاتين الصورتين

الابينة يقوم على الموت كذا ذكر في الزخيرة **قوله** ولا بتعداهم قوله كيف يتعداهم ووجود هذه البينة
عندها كعدمه على ما يستغربه قوله في دليلهما وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد
قوله ولان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة لا يقال لو كانت التركة
مبقاة على ملك الميت يصح الرجوع للواهب فيما اذا وهبه له لان المانع من الرجوع انما هو انتقال
الملك ولم ينتقل بعد لان الحكم ببقاء التركة على ملكه انما هو لدفع حاجته في قضاء الديون
وتنفيذ الوصية فلا يظهر ملكه فيما وراءه الا يرى انه لو اعتق الوارث عبدا من التركة قبل القسمة تنفذ
في نصيبه فلو لم يكن الملك منتقلا اليه حقيقة لما نفذ عتقه فعلم ان الملك قد انتقل الى الوارث ولكن
يحكم ببقائه على ملك الميت قضاء لحاجته فلا يظهر فيما وراءه فان قلت وفي الجامع الصغير ارض
ادعاها رجلان واقاما البينة على انها في ايديهما واراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة على
الملك انها لهما والمعنى من الدعوى ان يقولوا عند القاضي ان هذه الارض ملكهما او انهما بيتا طلب
القاضي البينة على انها ملكهما اذا قاما البينة على انها في ايديهما كذا في الحاشية وفيه نظر لانهم
لو اقروا بالملك واقاموا البينة على اليد ليثبت الملك لهم من حيث الظاهر لان اليد دليل الملك و
الاقرار امارة الصدق فينبغي ان يقسم الارض بينهما على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يكفي
لقسمة الملك على قولهما بالملك الثابت من حيث الظاهر ما مر في المسئلة المتقدمة والمص رحمه الله ذكر بعد ان
قوله لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما على قول الكل وعلله بقوله لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج
اليه وقسمة الملك يفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز فلو كانت صورة المسئلة كما ذكرت في الحاشية
لكان الملك ثابتا من حيث الظاهر وهو المصحح للقسمة عندهما فلا يصح نفي الملك الذي يبتني عليه القسمة
بقوله ولا ملك وفي الشاهان شرط في الجامع اقامة البينة على الملك للقسمة لانه سد الحكم الى اقامة البينة
على الملك فقال لم يقسمها حتى يقيما البينة على انها لهما وفي كتاب القسمة لم يشترط قيل انما اختلف
الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع كتاب القسمة فيما اذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع الجامع فيما
ادعيا اليد ابتداء وبيانه انهما لما ادعيا الملك ابتداء واليد ثابتة ومن في يده شيء يقبل قوله
انه ملكه ما لم ينازعه غيره اذ الاصل ان يكون الاملاك في يد الملاك فيعتبر هذا الظاهر وان احتمل
ان يكون ملك الغير لانه احتمال بلا دليل اما اذا ادعيا اليد واعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهم الى بيانه
لانهما طلبا القسمة من القاضي والقسم لا يكون الا بالملك فلما سكتوا عنه دل على ان الملك ليس لهما فلا يعتبر
قولهما بعد ذلك الا باقامة البينة لزوال هذا الاحتمال وهذا معنى قوله لاحتمال ان يكون لغيرهما هذا كلامه
وانه ايضا يدل على كلامه ما في الحاشية اذ لو كان المعنى من الدعوى ما ذكر لم يستقم هذا التوفيق
قوله ولا ملك فامتنع الجواز اصلا غاية ما في الباب دليل الملك لكن اليد دليل ظاهر وانه يكفي للدفع
لا للاستحقاق والحاجة ههنا الى الاستحقاق كذا في الحاشية وفيه نظر لما صرح الشارح في كتاب الشهادة
نقلا عن الاسرار ان الظاهر يكفي للاستحقاق اذا لم ينازعه آخر حيث قال عند قوله قال ابو حنيفة رحمه الله يقتصر

الحاكم على ظاهر العدالة وقولهم الظاهر لا يكفي للاستحقاق قلنا قد يكفي له اذا لم ينازعه غيره الا يرى ان الشفيع
يستحق الشفعة بظاهر يده الثابتة على داره اذا لم ينازعه المشتري وهنا كذلك لان كلامنا فيما
اذا لم يطعن المدعي عليه في الشهود الى هنا اشير في الاسرار كلامه ولا يخفى انه لا منازعة في
مسئلتنا ايضا فينبغي ان يقسم بظاهر اليد وايضا يشكل هذا بالمسئلة المتقدمة وهو ما اذا احضر الورثة
عند القاضي الى آخرها حيث يقسم هناك عندهما قسمة الملك قبل اقامة البينة مع انه لا ملك هناك
الا بالظاهر وهو اليد والاقرار على ما مر **قوله** والدار في ايديهم ومعهم وارث غايب قال الشارح
قوله والدار في ايديهم وقع سهوا لانه لو كان كذا اذا في ايديهم لكان البعض في الغايب ضرورة وقد ذكر
بعض هذا في الكتاب وان كان العقار في يد الوارث الغايب او شيء منه لم يقسم بالصحيح ان يقال والدار
في ايديهما **قوله** الضمير في قولهم ايديهم عايد الى الحضور من الورثة لا الى الجميع اي والدار في ايدي الحضور
من الورثة ومعهم اي مع الحاضرين وارث غايب والمراد بالتثنية في قولهم وان حضر وارثان ما فوق الواحد
بدليل انه خرج في مقابلة الواحد حيث قال وان حضر وارث واحد ولكن لما كان المراد الجمع فيما فوق الواحد
اكثر من التثنية اختار ضمير الجمع في ايديهم ومعهم دون التثنية في ايراد لفظ التثنية او لا ثم ايراد الجمع
ثانيا هي الاشارة الى حضور اثنين من الورثة والجمع منهم سواء فلو اتى اولا بلفظ الجمع بان قال اذا احضر
الورثة او اتى ثانيا بضمير التثنية ايضا لما ثبتت الاشارة المذكورة فلذا ذكر اولا بلفظ التثنية مريدا به ما فوق الواحد
ثم اتى بضمير الجمع فهذا من كمال البلاغة لا من سهو وكيف يحمل كلام المص رحمه الله على السهو والامر في التصحيح
هين **قوله** وكذا لو كان مكان الغايب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه قال الشارح اعلم
ان ههنا مسئلة لا بد من معرفتها وهي ان القاضي انما ينصب وصيا عن الصغير حاضرا اما اذا كان غايبا
فلا ينصب عنه وصيا بخلاف الكبير الغايب على قول ابي يوسف رحمه الله عليه فانه ينصب وصيا عن الغايب
على قوله وبخلاف ما اذا وقع الدعوى على الميت فانه ينصب وصيا عن الميت وان كان المدعي واحدا
على ما ذكرنا ثم الفرق بين الصبي الغايب والحاضر في حق نصب الوصي هو ان الصغير اذا كان حاضرا ينصب
الوصي لاجل الجواب ضرورة لان الدعوى قد صحت على الصبي لكونه حاضرا الا انه عجز فينصب عنه وصيا
ليجيب خصمه واما اذا كان غايبا لم يصح الدعوى عليه ولم يتوجه الجواب عليه فلم يقع الضرورة الى نصب الوصي
اشار في الزخيرة الى هنا كلامه قلت اذا كان بعض الورثة صغيرا فغيره من الورثة ينصب خصما عنه
لما عرف ان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت وعن باقي الورثة ولما كان غير الوصي خصما عنه لا يحتاج
الى نصب الوصي عنه ليصير خصما عنه وايضا انما ينتصب القاضي وصيا عن الصغير للقبض لا للجواب
الدعوى **فصل** فيما يقسم وفيما لا يقسم **قوله** وذكر الخصاص قلت هذا تنصيص الاختلاف
فيما بينهم عند طلب صاحب الكثير وذكر في الخزانة اذا طلب صاحب الكثير وابى صاحب القليل قسمت الدار
بالاتفاق **قوله** فصار كالجنس المختلف قلت متى كانت العبيد كالجنس المختلف لما صح تسميته في المهر
وقد صحت تسميته في النكاح حتى يلزم العبد الوسط فعلم انه جنس واحد واما ما ذكر في الشرح

من قوله ان الجهالة في الوصف جهالة فاحشة الا ان تلك الجهالة الفاحشة موجودة بين انواع مهر المثل
فلم يعتبد اعتبارها و تلك الجهالة وان تحتمت لم يعتبر ما دونه من الجهالة فيه ايضا هذا
كلامه وفيه نظر لان مهر المثل اما دراهم او دنانير ولا تفاوت بينهما الا في الصورة حتى انهما
اعتبرا جنسا واحدا في كثير من المسائل فان الجهالة المتفاحشة في انواع مهر المثل وايضا اذا
كانت الجهالة المتفاحشة متحملة في النكاح لصحت تسمية دابة او حيوان او ثوب وانه لا يجوز فالجواب
ان التسمية في النكاح باعتبار المالية والعبد الوسط لا يتفاوت افراده في المالية فلا ابا في التسمية
انما التفاوت فيها باعتبار المعاني الباطنة فينا في القيمة حيث لا يمكن المعادلة بين التركتين وايضا
العبيد وان كانوا اجناسا باعتبار المعاني الباطنة فهم جنس واحد في الصورة فاعتبرنا فيهم اجناسا
في القيمة جنسا واحدا في النكاح عملا بالصورة والمعنى ولم يعكس لان مبني النكاح على المسامحة ومبني
القسمة على المضايقة فافترقا **قوله** بخلاف الحيوانات لان التفاوت بينهما فاحش عند اتحاد الجنس وهذا
يخالف ما ذكر في السلم انه لا يجوز السلم في الحيوانات وان بين النوع والجنس والصفة وعلل بانه بعد
ذكر هذه الاوصاف يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية فاعتبار المعاني الباطنة يفضي الى المنازعة
بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فلا يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد ذكرو في
التوفيق وحل الاشكال في السلم فعليك به فان قلت الا يرى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان و
من الحيوانات جنس واحد حتى ان من اشترى شخصا على انه ذكر فاذا هو جارية فله الرد ولو اشترى حيوانا على
انه ذكر فاذا هو انثى فليس له الرد كذا في الحاشية وفيه ضعف لما عرف انه اذا اشترى شخصا على انه ذكر فاذا
هو جارية فالبيع باطل او فاسد على اختلاف فيه ومن اشترى حيوانا على انه ذكر فاذا هو انثى يتخير لفوات
الوصف المرغوب وما ذكر في الحاشية يدل على ثبوت الخيار في الاولى ولزوم العقد في الثانية
والله اعلم بحقيقة الصواب قال الشارح والحجة الظاهرة لابي حنيفة رحمة الله عليه ما قاله اصحابنا
جميعا بمن دفع الى آخر الف درهم مضاربة فاشترى بها عبدين كل واحد يساوي الفا ان عتق المضارب
لا ينفذ ولو كان تجب القسمة جملة لصار الربح من كل عبد للمضارب فكان ينبغي ان ينفذ عتقه كما اذا كان
عبدا واحدا قيمته الفان وكذلك لا تلزمه الزكوة في نصيبه بحيث قالوا لا يملك شيئا من العبدين من
ان كل عبد على حدة كان ليس معه غيره في حق اثبات الشركة بينهما وعند ذلك لا يفضل شيء من
العبدين عن رأس المال فلم يثبت له ملك فكانت هذه المسئلة ناقضة لما قاله هذا ما ذكر في
المبسوط والاسرار ثم كلامه قلت ذكر الشارح مسئلة المضاربة نقلا عن الاسرار ان مذهبهما كمذهب
ابي حنيفة لانهما يقولان ان العبيد بمنزلة اجناس مختلفة حكما الا يرى ان القاضي الصلاح في الجمع او
تراضوا على ذلك حيث قال وان نقول حقه في الربح ولا يتحقق الربح الا بعد تحصيل رأس المال
وقد ثبت من مذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان العبيد لا يقسمون جملة بل كل على حياله واذا اعتبر
وحده لم يفضل شيء منهما عن رأس المال بخلاف الفرسين فانهما يقسمان جملة فاذا اعتبر جملة حصل البعض

لا يجوز السلم في الحيوانات
لان الحيوانات مصنوع الحق
وفيها تفاوت فاحش
والثياب مصنوع الخلق
اشترى شخصا على انه ذكر
فاذا هي جارية فله الرد
ولو اشترى حيوانا على انه
ذكر فاذا هو [illegible]
انثى فليس له الرد [illegible]
[illegible]

وكذلك لو كان عبدا واحدا وكذلك مذهبهما الا انهما يقولان ان العبيد بمنزلة اجناس مختلفة حكما الا
يرى القاضي الصلاح في الجمع او تراضوا على ذلك ولم يوجد ذلك في مسئلتنا هذا كلامه فظهر
ان قولهما يقسم العبيد جملة محمول على رأي القاضي الصلاح فيه فلا يكون مسئلة المضاربة حجة عليه
الا ان يحمل ما في الكتاب على الاطلاق على ما يشعر به تعليل مذهبهما بقوله لاتحاد الجنس كما في الابل
والغنم ويحمل ما ذكر في المضاربة رواية اخرى في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فحينئذ
كانت مسئلة المضاربة ناقضة لما قاله والله اعلم **قوله** بخلاف المغانم لان حق الغانمين في المالية
حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها قلت الامام قائم مقام جميع الغانمين وله ولاية على الغانم كولاية
الاب والوصي في مال الصغير فكان معه بحكم الولاية والنيابة عن الكل كبيع جميع الشركاء المال المشترك
فكما جاز بيع الاب مال الصغير ولا يكون ذلك دليلا على عدم تعلق حق الصغير بالصورة وكذا بيع الامام
الغنائم بحكم الولاية والنيابة الشرعية لا يكون دليلا على عدم تعلق حقهم بالصورة وذلك ان بيع المولى
كبيع المولى عليه مع الرضى بيجوز بيع تعلق حقهم بالصورة والمعنى بالفرق الصحيح ما يعتقده من رقيق المغنم
المبيع من قسمة الرقيق انما هو القسم جبرا اما القسمة بالتراضي فلا يبيع من الاعيان وقسمة الامام رقيق المغنم
كقسمة الكل فيما بينهم بالتراضي لقيامه مقام الكل وكون تصرفه كتصرف الكل **قوله** في كيفية القسمة
قوله ودراهم الاجر في ذمة ولعلها لا تسلم له فان قلت هذا الضرر يدفع باشتراط قبض الدراهم
في المجلس اذ التعيين الحاصل بالقبض في المجلس كالتعيين في صلب العقد كما في الصرف والسلم اجيب بان
اعتبار ساعات المجلس كساعة واحدة انما يصار اليه عند الضرورة كما في الصرف والسلم لو لم يعتبر فيهما ساعاته المجلس
كساعة واحدة لانسد بابهما وفيه ضرر بين الناس لحاجتهم اليهما ولا ضرورة في ادخال الدراهم في القسمة حتى
يصار الى هذا الاعتبار **قوله** ويجعل بمقابلة السفل المجرد الذي لا علو له وهو مائة ذراع من البيت الكامل
ستون وثلثا ذراع لان علوه اي علو البيت الكامل وان كان ستة وستين وثلثا ذراع مثل نصف
سفله وسفله ستة وستون وثلثا ذراع فيكون علوه ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع مثل نصف فاذا انضم
مع السفل الذي هو ستة وستون وثلثا ذراع فبلغت اي ذرعان البيت الكامل مائة اذرع فيجعل بمقابلته مائة
ذراع من السفل المجرد **قوله** والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو قلت بيان تقابل
البيت الكامل مع السفل المجرد تقدم بقوله فبلغت مائة اذرع ولا حاجة في بيان ذلك ولا في توضيح الى
قوله والسفل المجرد الى آخره مع ما فيه من التعقيد على ما لا يخفى لانه ان اراد بالسفل المجرد الذي
لا علو له فذلك تقدم من مائة اذرع وحكم هنا بانه ستة وستون وثلثا ذراع مما لا احتياج الى ابانة
بقوله لانه ضعف العلو انما يحتاج الى التعليل بكونه ضعفه اذا اريد ثبوته مع العلو مع كونه نصف العلو
بان كان العلو ستة وستين وثلثين وكان السفل ثلاثة وثلثين وثلثا ولكنه ليس بمراد هنا والاظهر
هنا عبارة الكافي حيث قال ويجعل بمقابلته مائة اذرع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون
وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف ثلثه فكان العلو والسفل مثل مائة اذرع من السفل المجرد هذا كلامه

فكانه اراد بالسفل المجرد ما بقي من السفل المجرد بعد ما ذهب منه بالمقاملة مع السفل من البيت الكامل
فكانه لما قوبل معه ذهب منه ستة وستون وثلثا ذراع وبقي منه ثلثون وثلث ذراع وهذا
القدر من حيث ان السفل ضعف العلو ستة وستون وثلثا ذراع فيكون مقابلا للعلو الذي
هو ستة وستون وثلثا ذراع من البيت الكامل فيكون هذا تخريجا آخر لاثبات التسوية بين ما بقي
من السفل المجرد مع ستة وثلثين من البيت الكامل بناء على اعتبار السفل المجرد ضعف والتخريج الاول
بناء على اعتبار العلو المجرد نصف السفل ولا شك ان بيان التسوية تام على الاعتبارين جميعا غير انه
لو كان المقصود هذا لاتى بأو مكان الواو في قوله والسفل المجرد الى آخره ولكن استعارة الحروف بعضها
لبعض شايع فيجعل الواو بمعنى او والله اعلم قوله ولهما انهما جنس واحد اسما الى قوله فيفوض الترجيح
الى رأي القاضي ولا يشكل هذا بالعبيد فانها تقسم جملة عندهما ولا يفوض الترجيح الى رأي
القاضي مع انها جنس واحد اسما وصورة اجناس معنى نظرا الى تفاوت المعاني الباطنة
لانا قد ذكرنا ان الاسرارات مذهبهما في العبيد كمذهبهما في الدور حيث يفوض الترجيح الى رأي القاضي
فيهما جميعا اما على ظاهر لفظ الكتاب فالفرق مشكل قوله او ينبني حرمة الربوا هناك على شبهة
المجانسة مع انهما مختلفان جنسا رواية واحدة وحرمة النساء لشبهة المجانسة وهي متحققة بين
منافع الدار والحانوت لان المقصود من الكل اصل السكنى وقد قيل عليه ينبغي ان لا يعتبر
شبهة المجانسة في حق الحرمة لان في حقيقة المجانسة اذا باع الشيء بجنسه يصير شبهة الربوا في
شبهة المجانسة شبهة الشبهة وهي غير معتبرة كذا في الناهان قوله وقد ذكر الشارح في الاجارة
عند قوله ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا وصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة ان حرمة
النساء بالجنس ثابت بالنص لا يتعلق بقيام الفضل حيث قال فان قيل انما حرم بيع الجنس بالجنس عندكم
لان النقد خير من النسيئة فيكون فيه معنى الفضل ولا فضل هنا فالعدم في البدلين على نمط واحد
قلنا نعم الا ان النص اذا علل تعلق الحكم في الفرع بعلته اما في النص فبعينه فلا يراعى العلة ويتعلق بعينه
وهو انه ليس يدا بيد فان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم قال اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف
شئتم بعد ان يكون يدا بيد فيكون الحرمة فيما اذا لم يكن يدا بيد بالنص لا بالقياس فلا يعتبر للحرمة
قيام الفضل لان النص لم يشر الى الفضل الى هنا لفظه فظهر ان حرمة اجارة المنافع بجنسها
على اتحاد الجنس دون شبهة الفضل والاتحاد بين الحانوت والدار ثابت شبهة فيحرم الاجارة ايضا احتياطا
نعم لو كان حرمة اجارة الجنس بالجنس مبنيا على شبهة الفضل كما زعم المعترض لما حرم بشبهة المجانسة
لما فيه من اعتبار شبهة الشبهة ولكن لما كان حرمة الاجارة عند اتحاد الجنس ثابتا بالنص غير مبني على
شبهة الفضل ينبغي ان يحرم عند شبهة اتحاد الجنس لان الشبهة فيما يحتاط فيه كالحقيقة قوله النص
المذكور وارد على مختلفي الجنس حيث قال عليه السلام اذا اختلف النوعان الخ في متحدي الجنس
فالمراد النوعان المتحدان قدرا اذ لا لبس عند اختلاف النوع والقدر فيكون واردا في متحدي القدر والوارد

في متحدي القدر كالوارد في متحدي الجنس اذ الجنس والقدر متماثلان في بابي الربوا والوارد في احد المثلين
وارد في الآخر فكانه قيل اذا اختلف النوعان المتحدان في القدر او اتحد النوعان من غير اتحاد في القدر فبيعوا
كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فكان حرمة النساء في متحد الجنس ثابتا بالنص بهذا الاعتبار والله اعلم
ثم يشكل ما ذكره هنا من ان اجارة الدار بالحانوت لا يجوز باعتبار شبهة الربوا نظرا الى شبهة
المجانسة باسلام النقود في الزعفران فانه جايز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن
على ما مر تقديره في الربوا ووجه الاشكال ان الوزن والجنس كل واحد منهما يحرم النساء بانفراده ثم
اختلافهما في صفة الوزن مع اتفاقهما في اصله لا يحرم النساء فاختلاف كيفية جنس المنفعة بين الدار
والحانوت مع شبهة الاتحاد اولى ان لا يحرم النساء فالظاهر هو ما قال شمس الائمة
الحلواني رحمه الله تعالى اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب و
ذكر في بعض الحواشي لبعض ائمة بهارصا نهاه الله تعالى عن البرار ان معنى قوله شبهة المجانسة الشبهة
الثابتة حقيقة من حيث الاصل وهو الارض ومن حيث اصل المنفعة وهو نفس السكنى فيكون النساء
فيه شبهة لا شبهة الشبهة كما في بيع الهروي بالهروي مؤجلا وان كانا مختلفي الجنس بالنظر الى
اختلاف كيفية الانتفاع فكانا متحدي الجنس من جهة ومختلفي الجنس من جهة اخرى فلا يتناقض
لاختلاف الجهة وكان الثابت هنا الشبهة لا شبهة الشبهة فلا يرد الاشكال المذكور في الكافي وهي
ان المعتبر الشبهة دون النازل عنها والله اعلم هذا كلامه وانه مشكل ايضا لان قوله او ينبني حرمة الربوا
هناك على شبهة المجانسة لا معنى له سوى اثبات حرمة اجارة الدار بالحانوت على تقدير تسليم انهما جنسان
باعتبار شبهة المجانسة لا باعتبار حقيقتها ولو جعل شبهة المجانسة بمعنى شبهة الربوا الكاينة باعتبار
حقيقة المجانسة لم يكن لهذا الترديد معنى اذ لا وجه لقوله او ينبني الى آخره سوى الترديد بين الحرمة
بين ان يكون باعتبار حقيقة المجانسة بالتزام ان الدار والحانوت جنس واحد او باعتبار شبهة
المجانسة ان اعتبر الدار والحانوت جنسين ولو كانت النكتة الثانية ايضا بناء على حقيقة
المجانسة اذ الكلام الى ان حرمة الدار بالحانوت اما باعتبار حقيقة المجانسة وانه كلام ليس له
معنى اصلا وكان المعطوف باو عين المعطوف عليه وايضا لما كانت الدار والحانوت جنسا واحدا
من جهة مختلفات من جهة استحكم السؤال اذ لو كانا جنسا واحدا من كل الوجوه لكان في اجارة
احديهما شبهة الربوا فلما كانا جنسا واحدا من وجه دون وجه ينزل الشبهة الى شبهة
الشبهة والمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها وايضا لا معنى لحقيقة المجانسة سوى المجانسة
من كل وجه فمتى كان من وجه دون وجه كانت فيه شبهة المجانسة لا حقيقتها
وذلك ظاهر وايضا لا فرق على هذا بين الدار والحانوت وبين الزعفران والدراهم ثم اسلام
الدراهم في الزعفران وان كانا موزونين باعتبار ان وزنهما مختلفان وصفا لان احدهما يوزن بالامناء و
بالسنجات فكذا ينبغي ان يصح اجارة الدار بالحانوت لاختلافهما في المنافع ثم ما ذكر في الشرح من ان حرمة النساء

الجنس والقدر متماثلان في

الزعفران يوزن بالامناء والدراهم بالسنجات وزن الدراهم غير وزن الزعفران

استعارة الحروف بعضها لبعض شايعة

ان حرمة النساء بالجنس ثابتة بالنص لا بالفضل لانه لم يشر الى الفضل هنا في الاجارة

يتحد القدر بالنص لا شبهة فيثبت الحرمة عند اتحاد القدر او الجنس من وجه الحاقا الشبهة المنصوص
بالمنصوص ايضا ينتقض بمسئلة جواز اسلام الدراهم في الزعفران على ما لا يخفى فانه لو حرم التسليم
في متحدي الوزن بالنص وجب ان يحرم عند شبهة اتحاد الوزن بل عند حقيقة الاتحاد وشبهة
الاختلاف ايضا احتياطا في باب الحرمات **قوله** ولا ثوبين اذا اختلف قيمتهما لما بيناه في الثوب
الواحد من استحالة القسمة على الضرر لان القسمة ايضا لا تتحقق الا بالقطع اذ لا يمكن زيادة دراهم
للاوكس حيث لا يجوز ادخال الدراهم جبرا لان القسمة حق في الملك المشترك والشركة بينهما
في الثياب فلو ادخل في القسمة الدراهم يقسم ما ليس بمشترك في البعض ولا حاجة الى القطع ولا الى
ادخال غير المشترك في القسمة واذا لم يمكن ادخال الدراهم في القسمة لا تتحقق القسمة الا بالقطع وفيه ضرر بما لا يخفى
قوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق وقد شكل بان الدارين لا تقسمان جملة عند ابي حنيفة رح
لاختلاف المقصود والمرافق ولو كان المراعى هو التسوية في السكنى لا في المرافق كان ينبغي ان تقسمان
جملة لاتحاد الدور في اصل السكنى الا ان يقال معناه ان المراعى في قسمة العقار الواحد التسوية
في اصل السكنى لا في المرافق فالبيوت في الدار الواحدة وان اختلفت يقسم جملة لما ان قسمة كل بيت جزءا
فاعتبر التسوية في اصل السكنى دون المرافق فكذا في قسمة العلو مع السفل يعتبر اصل السكنى في
القسمة ثم اذا اعتبر في اصل القسمة المساواة في السكنى لا في المرافق وجب ان يعتبر ذلك في وصف
القسمة وهو التوزيع الحاقا للوصف بالاصل **قوله** او لانه لا يصلح شهودا لما انه غير لازم الا يرى
انه لو ادعى المولى على العبد انه كاتبه بالف درهم وانكر العبد لا يقضي ببينة المولى لانه لا يفيد
لان المكاتب ان يعجز نفسه ويفسخ الكتابة فان قلت اذا ادعى المكاتب ان الكتابة
وقعت فاسدة بان ادعى انها وقعت على الف درهم ورطل خمر وانكر المولى اشتراط المولى
فالقول قول المولى ويلزم المكاتب المكاتبة هكذا ذكر في مكاتب الاصل وكان ينبغي ان لا يقضي بجواز
الكتابة بقول المولى لانه لا يفيد لان للمكاتب ان يعجز نفسه ويفسخ الكتابة والجواز انما ذكر في مكاتب الاصل
محمول على الرواية التي جاءت انه ليس للمكاتب ان يفسخ الكتابة متى عجز نفسه من غير قضاء فيكون به الكتابة
عقدا لازما على هذه الرواية ومسئلة الشاهان محمولة على الرواية التي جاءت ان للمكاتب فسخ الكتابة
متى عجز نفسه من غير قضاء **فصل** في دعوى الغلط **قوله** ينبغي ان لا يقبل دعواه للمناقضة
لانه قال قد استوفيت والاستيفاء عبارة عن قبض جميع الحق ثم قال بعد ذلك لم اقبض فيكون
مناقضا في دعواه وقد يقال التناقض انما يلزم ان لو كان المراد بالاستيفاء استيفاء جميع الحق وليس
كذلك بل المراد استيفاء ما اصابه بقسمة هذا القاسم اي قد اشهد على نفسه باستيفاء ما اصابه بهذه
القسمة ولكن بعد ذلك يدعي الغلط في القسمة ويقول انا قد اقتسمنا بالمناصفة ولكن وقع الغلط
في المساحة والتمييز فيقع شيء مما اصابني من النصف في يد صاحبي وصاحبه يساعده على ان القسمة
كانت بالمناصفة غير انه ينكر الغلط في المساحة والتمييز ولا يخفى ان الاقرار باستيفاء ما اصابه بالقسمة

لا ينافي دعوى الغلط في القسمة فلا تناقض ثم هذا الاختلاف على ما ذكرنا من الصورة ليس اختلافا
في قدر الواجب بالقسمة حتى يوجب التحالف بل هو دعوى عدم لزوم القسمة بعد وقوعها
لان القسمة اذا لم تكن على الوجه المشروط كانت غير لازمة فصار كدعوى عدم لزوم البيع بشرط الخيار
ولا تحالف فيه فكذا هنا وعلى هذا لا تكون عدم جريان التحالف في هذه المسئلة دليلا على فساد هذه
الدعوى كما اشار اليه بقوله واليه اشار من بعد لان المسئلة اذا كانت مصورة على ما ذكرنا
لا يكون اختلافا في قدر الواجب بالقسمة حتى يجب التحالف بل في عدم لزوم القسمة
بعد لزومها ظاهرا بخلاف ما اذا قال اصابني الى موضع كذا لان الاختلاف هناك في قدر الواجب
بالقسمة وصورته ان يقول قد اقتسمنا واصابني الى موضع كذا وهكذا تراضينا وهذا اختلاف في
قدر الواجب في قدر فيوجب التحالف قبل الاشهاد بالاستيفاء اما لو اشهد به كان مناقضا في
دعواه سواء اشهد باستيفاء جميع حقه او بما اصابه بهذه القسمة اما الاول فظاهر واما الثاني فلان
المسئلة مصورة فيما اذا اتفقا على وقوع القسمة على الوجه المستحق غير انه زعم احدهما انها وقعت
على وجه اصابني الى موضع كذا والثاني انها وقعت على وجه اصابك اقل منه فلو اقر في هذه الصورة
باستيفاء جميع ما وقعت القسمة عليه ثم يدعي ان ما اصابه بهذه القسمة الواقعة على الوجه المستحق شيئا
في يد صاحبه كان مناقضا والتحالف يترتب على دعوى صحيحة **قوله** واليه اشار من بعد وهو قوله
وان قال اصابني الى موضع كذا ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء لان عدم التحالف عند الاشهاد
على نفسه بالاستيفاء لم يكن لمعنى الا ان التناقض مانع لصحة الدعوى ولا تحالف عند عدم صحة الدعوى
الا يرى انه يجري التحالف عند صحة الدعوى لوجود موجب التحالف وهو الاختلاف في مقدار ما حصل
بالقسمة كذا في الشرح وقد يقال لا نسلم ان عدم التحالف بعد الاشهاد على نفسه بالاستيفاء للتناقض
بل لمعنى آخر وهو ان التحالف انما يجري اذا لم يكن الظاهر شاهدا لاحدهما اما اذا كان فالقول قول من
يشهد له الظاهر الا يرى ان الزوجين اذا اختلفا في مقدار المهر يحكم مهر المثل اولا لمعرفة من يشهد له
الظاهر فان كان مثل ما قاله الزوج او اقل قضى بما قاله وان كان مثل ما قالت المرأة او اكثر قضى
بما قالت به وان كان بينهما تحالفا على ما عرف من تخريج الرازي رحمه الله فعلم ان التحالف انما يصار اليه
اذا لم يكن للظاهر شاهدا لاحدهما اما اذا كان فلا تحالف واذا كان موجبه موجودا اذا انتهض فيقع
دعوى الغلط في القسمة بعد الاشهاد على نفسه بالاستيفاء دعوى خلاف الظاهر لان القسمة بعد الاستيفاء
لازمة وفي الغلط يدعي لنفسه خيار العيب او الشرط والبائع يكذبه بخلاف ما قبل الاشهاد بالاستيفاء
لان القسمة قبل القبض غير لازمة وغير اللازم كالمتجدد في كل ساعة فيكون دعوى قبل
التمام فلا يكون دعواه على خلاف الظاهر ثم يقال قيل ارادوا بالبينة في قوله الا ببينة اقرار صاحبه
التناقض لا يمنع الاقرار وقيل التناقض في مثله عفو كالعبد يدعي الحرية بعد ما اقر انه رقيق وفي
كلا القولين بعد لما في الاول فقط ولكن الثاني فلان التناقض انما يعفى فيما اذا كان مبناه على الخفا

كالحرية فانها مبنية على الخفاء لاستبداد المولى بالاعتاق بخلاف القسمة فانها ليست بمبنية على
الخفاء حتى يعفى فيه التناقض **قوله** قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه اذ الظاهر
ان قوله راجع الى البعض لا الى نصيب احدهما على ما توهم لان نصيب احدهما بعد القسمة لا يكون
بعينه وكذا دعوى الاستحقاق في نصيب احدهما غير معين باطلا فلا بد وان يكون نصيب احدهما متعينا
فلا فائدة في هذه الزيادة **قوله** وهكذا ذكر في الاسرار وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت
سهوا فان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في الشايع وضعا وتعليلا فان المذكور فيه دار
بين رجلين اقتسماها نصفين ثم استحق النصف من نصيب احدهما شايعا تبطل القسمة عند ابي حنيفة
رحمه الله تعالى ولكن يخير المستحق عليه ان شاء رد الباقي واقتسم ثانيا وان شاء رجع على الشريك
بقدر المستحق ولم ينتقض وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى انتقضت القسمة وقول محمد رحمه الله مضطرب فابو يوسف
رحمه الله تعالى يقول القسمة في الدار الافراز وحين استحق جزء شايعا من نصيب احدهما تبين ان الافراز لم يتحقق
فكانت باطلة كما لو استحق النصف من النصيبين جميعا وابو يوسف رحمه الله تعالى يقول بان الاستحقاق
ان كان يوجب شيوعا في نصيب الآخر فلا ينتقض القسمة كما لو استحق شيئا بعينه من نصيب احدهما
كذا في الشرح وقد يجاب بان المسمى بالاسرار غير واحد فلعل المص رحمه الله احال الى اسرار آخر غير
الذي ظنه الشارح انه المحال عليه **قوله** بان النصف المقدم مشتركا بينهما اي زيد وعمرو مثلا
وبين ثالث كان النصف مشتركا بينهما وبين ثالث انصافا اذ الاشتراك يعني عن المساواة والتسوية
بين زيد وعمرو وبين ثالث انما يتحقق اذا كان النصف لهما والنصف الآخر الثالث **قوله** مالهما
من المقدم وهو نصف المقدم وربع المؤخر فيكون لكل منهما ثلاثة اثمان كل الدار **قوله** فكذا في الابتداء
قوله غاية الامر ان القسمة على هذا الوجه ناقصة ولا يلزم من الرضاء بالقسمة الكاملة الرضاء بالناقصة
منها ولكنا خيرناه بين النقض والامضاء لذلك قلت لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث وقد
لم يبق القسمة مع الخيار في الفسخ والامضاء فيدفع الضرر بثبوت الخيار كما يندفع هذا الضرر عن
المستحق عليه باثبات الخيار له الا ان يقال اثبات الخيار لا يستدعي انعقاد القسمة وهي لم تنعقد في
حق المستحق بخلاف المستحق عليه لانعقادها في حقه فيمكن اثبات الخيار **قوله** لانه لا يناقض اذ الدين يتعلق
بالمعنى والقسمة تصادف الصورة وفيه بحث اذ الاقدام على القسمة اقرار بصحته ولزومه والتوفيق بين
الصحة واللزوم وكانت متناقضا الى ما ذكر المص رحمه الله تعالى في فصل الفضولي من قوله ومن باع
عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة على اقرار البايع اذ رب العبد لم يامر بالبيع واراد رد
البيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته اي بلزومه **فصل**
في المهايات **قوله** المهايات جائزة استحسانا والقياس يابى جوازها لانها مبادلة المنفعة بجنسها
لان كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته
ولكنا تركنا القياس وجوزناها بالكتاب وهو قوله لها شرب ولكم شرب يوم معلوم كذا في الشرح

وهذا يخالف ما ذكر الشارح بعد هذا في جواب من جعل التهايي في الجنس الواحد اقرارا من وجه عارية
من وجه متمسكا بان التهايؤ جائز في الجنس الواحد ولو كانت مبادلة من وجه لما جازت لانه يكون
مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم النساء حيث قال وان لم يحرم النساء لان القياس ان لا يحرم النساء
باحد وصفي علة ربوا النقد لان الدين مع العين يستويان في القدر الا ان للعين فضلا من حيث الجودة
لكن الفضل من حيث الجودة لا يحرم عند وجود وصفي علة الربوا فلان لا يحرم وجود احد وصفيها اولى
الا انا اثبتنا هذه الحرمة عند وجود احد وصفي علة الربوا بخلاف القياس والنص ورد فيما هو مبادلة
من كل وجه والمهاياة مبادلة من وجه فيعمل فيها بقضية القياس انتهى لفظه وهذا تصريح بان
المهاياة ليس على خلاف القياس بل على وفقه فيناقض ما ذكره هنا من ان القياس يابى جوازها الخ
قوله الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على
التعاقب وفيه بحث لان التهايؤ من حيث المكان ايضا جمع المنافع في زمان واحد مع انه ليس باقوى من التهايؤ
زمانا حتى اذا اختلفا في التهايؤ ينبغي للقاضي بان يامرهما بان يتفقا ولا يقسم من حيث المكان ثم الدليل المذكور لا يصلح
دليلا على ان القسمة اقوى من التهايؤ مكانا والدعوى مطلق **قوله** ولا يبطل التهايؤ بموت احدهما وقد يشكل
بان التهايؤ من حيث الزمان اجارة حتى يشترط التاقيت قال الشارح ولهذا كان التهايؤ في زمانين في
مكان واحد فلا يمكن جعله افرازا بل يجعل كل كالمستقرض عن الآخذ في نوبته فكان مبادلة لا افرازا هذا كلامه
فلما كان التهايؤ زمانا مبادلة والمبادلة في المنافع اجارة وهي يبطل بالموت وجوابه ان القياس ان يبطل بالموت
ولكنا استحسنا في ذلك لانه لو لم ينتقض بالموت لاستفادة الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف **قوله**
لحدوث المنافع على ملكه فان قلت المنافع في العارية يحدث على ملك المستعير مع هذا لا يملك الاجارة قلت
لجواز ان يسترد المعير قبل مضي المدة فلا فائدة كذا في الشاهان وفيه نظر لان كل واحد من الشريكين ايضا يتمكن من
فسخ التهايؤ بطلب القسمة من القاضي قبل مضي الاجارة لما مر انه لو وقع التهايؤ فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما
القسمة يقسم ويبطل المهاياة لانه ابلغ ثم قد يشكل من القسمة ما ذكر المص في العارية تعليلا لعدم جواز
اجارة المستعير بقوله ولانا لو صححناها لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة
ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء المدة فابطلناه ووجه الاشكال ان احد الشريكين بعد التهايؤ مكانا
يصح ووقع انه لو صححناها لا يصح الا لازما الى انقضاء مدة الاجارة وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالشريك الآخر
لسد باب النقض وقسمة العين فينبغي ان لا يصح وعبارة الاخرى ان التهايؤ غير لازم كما قلنا فلو صحت الاجارة لزم لزوم
ما لا يلزم وهذا لان الاجارة لازمة في الاصل فلو ملك الشريك الاجارة فاما ان يقع هذه الاجارة لازمة لزم لزوم ما لا يلزم
وهذا لان الاجارة لازمة او غير لازمة فان وقعت لازمة لزم لزوم ما لا يلزم لانه اذا لزمت الاجارة يصير التهايؤ لازما
والالزام عدم لزوم الاجارة وهو خلاف موضوعها ايضا **قوله** لحدوث المنافع على ملكه ينتقض بالموصى له بالخدمة
اذ المنافع يحدث على ملكه مع انه لا يملك الاجارة عندنا فكانه اراد الحدوث على وجه اللزوم وملك الموصى له من

حيث ان الوصية تبرع غير لازم انما يلزم بعارض موت المتبرع ولا معتبر بالعارض
فصار كالمستعير اما احد الشريكين فانما يملك المنافع بعد التهايؤ تبعا لملك الرقبة اذ التهايؤ
افراز ومعنى الافراز فيه غالب والاصل في المنافع المملوكة تبعا لملك الرقبة هو اللزوم وعدم
اللزوم هنا لعارض تقدم قسمة العين على قسمة التهايؤ فاعتبر لازما تنزيلا للعارض كالعدم
قوله وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع الى آخره وقد يقال ان الدارين لا يتفاوتان
الا في وجوه السكنى ومرافقه على ما مر وهذا عين التفاوت في المنافع فلو يتفاوت الداران في
المنافع لصحة قسمة العين فيها ايضا اذ لا مانع الا الاختلاف في المنافع ووجوه السكنى
من القرب بالماء والمسجد والجيران والجواب الآن يقال لما كانت الدار متحدان في اصل السكنى
مختلفان في توابع السكنى ومرافقه اعتبر الاتحاد في التهايؤ والاختلاف في قسمة العين
اذ التهايؤ من حيث المرافق وجعل الدارين في حق التهايؤ كانهما لا يتفاوتان في المنافع
قوله ويعتبر في الحيوانات فان تلك الاثر للتغيير سوى التفاضل في الاستغلال والتفاضل
فيه لا يفوت التعديل لانهما يشتركان في فضل الغلة فصار كالتهايؤ في الدار الواحدة اذا زادت
الغلة في نوبة احدهما حيث يشتركان فيه أجيب بان التغيير في الحيوانات لما كان غالبا فضي
ذلك الى التفاضل في الغلة كثيرا واحتيج الى القول بشركتهما في الفضل فلا تفيد القسمة معنى
الافراز الذي وضعت لاجله اما في الدار الواحدة فلا ازدياد غلبة احدهما الا نادرا
فيفيد القسمة معنى الافراز غالبا فيصح **قوله** لان المهاياة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فتعذر
قسمتها وهذا اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها وقد يشكل بان التهايؤ
في المنافع لو كانت الضرورة انها لا تبقى لكان ينبغي ان لا يجوز التهايؤ في المنافع لوجه الدار
الواحدة والدارين بالاستغلال لان الغلة ايضا عين باقية ترد عليها القسمة عند حصولها

كتاب المزارعة قوله وقالا هي جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر
على نصف ما يخرج من ثمر او زرع قلت قد ذكر المص في كتاب القسامة في حجة قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله تعالى ان النبي عليه السلام اقر اهل خيبر على املاكهم وكان يأخذ منهم على وجه
الخراج حيث قال ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وهو قول
محمد وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى عليه هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير
كما تكون بالملك تكون بالسكنى الا يرى ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم
جعل القسامة والدية على اليهود وكانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة
دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم
يتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام اقرهم على املاكهم وكان يأخذ منهم
على وجه الخراج هذا لفظه وهو تصريح من قبل محمد رحمه الله تعالى ان النبي عم اقر اهل خيبر على املاكهم وكان

يأخذ منهم على وجه الخراج ولم يكن معاملة ولا مزارعة فلا يصح التمسك به لصحة المزارعة
من قبل محمد رحمه الله **قوله** اعتبارا بالمضاربة كانه تمسك بالدلالة والا فالمضاربة جوزت
بخلاف القياس لانه في معنى قفيز الطحان وما ثبت بخلاف القياس لا يحتمل التعدية **قوله**
وله ما روي ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم نهى عن المخابرة وهي المزارعة وفي البخاري
قال عمرو قلت لطاوس لو تركت المخابرة فانهم يزعمون ان النبي عليه السلام نهى عنه قال
عمرو فاني اعطيهم واغنيهم وان اعلمهم اخبرني يعني ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
لم ينه عنه ولكن قال ان يمنح احدكم اخاه خير من ان يأخذ عليه خرجا معلوما **قوله** ومعاملة
النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة اي ليس في هذا الحديث حجة لمن جوزه
المزارعة لان ذلك كان على سبيل المصالحة فانه لو اخذ الكل جاز فانه عليه السلام ملكه غنيمة
وكان ما ترك في ايديهم فضلا او قد ورد في هذا الحديث انه عم قال لاهل خيبر اقركم
ما اقركم الله ولم يبين مدة معلومة وقد اجمعوا على ان عقد المزارعة لا يصح الا
من بيان المدة المعلومة فلم يصح الحديث حجة كذا في الشرح نقلا عن الايضاح
وقد يشكل قوله وقد اجمعوا الى آخره لما روي عن محمد بن سلمة رضي الله عنه ان المزارعة من غير
بيان المدة جائز ويقع على زرع واحد وبه اخذ الفقيه ابو الليث وهذه الرواية مذكورة في الشرح
بعيد عن هذا نقلا عن الامام النسفي **قوله** ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل قوله فكيف
لا يجوز ابو حنيفة رضي الله عنه والتعامل حجة بالاتفاق اجيب بان التعامل اجماع عندنا حادث
فيكون كل جماع المعقد بعد الاختلاف وانه مجتهد فيه فجاز ان يترك بما ورد من النهي
عن المزارعة ترجيحا للمحرم **قوله** فتعذر ان يجعل تابعة اشارة الى ان اجارة البقر هنا لا تجوز مقصودا
لانه اجارة باجر لا يقدر على تسليمه فصار كاجارة البقر للحمل على ان يكون الاجر قفيزا من المحمول
قوله ووجهان آخران والثاني ان يكون البذر والبقر لاحدهما والباقي للآخر والثالث ان يكون
البقر لاحدهما والباقي للآخر **قوله** ولم يرد الشرع به لان الشرع ورد في
المضاربة شركة بين المال من جانب والعمل من جانب فلو شرط فيه العمل
من جانب رب المال الارض فسدت كما لو شرط في المضاربة العمل من جانب صاحب
المال **قوله** لانه لا يجوز عند الانفراد اي انفراد البذر او البقر بان كان احدهما من احدهما
والباقي من آخر انما لا يجوز لما فيه من استيجار البقر ببعض الخارج مقصودا وانه لا يجوز
وهذا المعنى منفرد عند كون البقر والبذر من احدهما والارض والعمل من آخر لان
المستأجر ببعض الخارج حينئذ انما هو منفعة الارض والعمل وانه جائز وجوابه ان
عدم الجواز عند اشتراط البقر فقط من احد الجانبين لحسنين احدهما ما ذكر من انه

استيجار للبقر ببعض ما يخرج من غلة والثاني ان الاصل لجواز المزارعة انما هو المضاربة والمضاربة
ما شرعت الا بشرط ان يكون العمل من احدهما والمال من الآخر فاما ان يكون العمل والمال من
واحد فيفسد لها والارض في المزارعة كرأس المال في المضاربة فكما فسد اشتراط العمل على رب
المال في المضاربة فسد اشتراط على الارض في المزارعة فالمعنى الاول ان لم يوجد فيما اذا
شرط البقر فقط من احدهما فقد وجد المعنى الثاني وذلك يكفي للفساد ثم ما ذكر في الكتاب
قوله وهي عندهما على اربعة اوجه منظور فيه لانه ان كان بيانا للمزارعة الصحيحة فلا يخرج انها على ثلاثة
اوجه وان كان بيان المزارعة الفاسدة فلا يستقيم ايضا لانه بين الاربعة بالثلاثة الصحيحة والواحدة
الفاسدة وان كان بيانا للمزارعة المطلقة لا يصح ايضا لانه على سبعة اوجه على ما يجيئ اجيب في الثاني بان
بان المراد المزارعة المستعملة فيما بين الناس وهي اربعة اوجه وفيه نظر لما ذكر الشارح المحقق
رحمه الله تعالى من قوله فان قلت التعامل فيما بين الناس يكون البذر من احدهما والباقي من الآخر ظاهر
فلو فسد هذا لوقع الناس في الحرج فما الحيلة في تجويزه وكذا لو كان البقر من احدهما والباقي للآخر قلت
الحيلة فيه ان يشتري نصف البذر منه ويبرء البايع من الثمن ثم يقول له ازرعها بالبذر كله على ان يكون
الخارج بيننا نصفان لان البذر اذا كان مشتركا فالخارج يخرج من محل مشترك بينهما فيكون
بينهما بدون هذا الشرط اولى واما الحيلة فيما اذا كان البقر من احدهما فرواية ابي يوسف رحمه الله تعالى
الجواز انتهى لفظه ولا يخفى ان هاتين الصورتين اللتين ذكر الشارح التعامل فيهما ليستا من الصورتين
التي ذكرهما في الكتاب فلا يستقيم الحصر على الاربعة وان اريد بها المزارعة المستعملة فيما بين الناس
ان يقال في وجه الانحصار على الاربعة وان اريد بها المزارعة مع التقسيم العقلي يقتضي ان يكون سبعة
اوجه ان المزارعة لا تخلو اما ان تكون اجارة على منفعة الارض او منفعة العامل او منفعة غيرهما في المنفعة
على منفعة العامل اما ان ينعقد على ان يعمل بآلته او بآلة غيره فصارت اربعة الا انه لم يعتبر
اقسام القسم الثالث كما اعتبر اقسام القسم الثاني لفساد جميع اقسامه فلم يتعرض له بالاستقصاء
وان كان هو مسوغا الى اربعة اقسام لانه اما ان ينعقد على منفعة البذر او منفعة البقر او منفعة البذر
والبقر او منفعة الارض والبقر والله اعلم قوله والمفسد هو الشرط جواب عما يقال متى كان
التبن لصاحب البذر والارض ربما لا يخرج الا التبن فيؤدي الى قطع الشركة وانه مفسد وتقرير
الجواب ان توهم انقطاع الشركة ليس بمفسد للعقد لانه ما من زراعة الا وفيها هذا التوهم بل
المفسد هو الشرط اي شرط يوجب توهم الانقطاع كشرط الحب لاحدهما ولم يوجد مثل هذا الشرط هنا
اما اذا لم يشترط فظ وكذا اذا شرط لان التبن كان لصاحب البذر بلا شرط لانه نماء ملكه
والشركة فيه لا يشترط لصحة المزارعة لانه تبع وما كان ثابتا بلا شرط كان اشتراطه كعدمه
وبهذا يسقط ان لفظ الكتاب يشير الى انه لو شرط الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت
لانه حكم العقد واشتراط حكمه لا يفسد لانه مقتضاه كاشتراط الملك في البيع للمشتري

وفي الثمن للبايع ويحتمل ان يكون المعنى ان الفساد هنا لو كان لكان من الشرط وهذا سكوت عنه
ولكن الشرط هنا ليس بمفسد فكيف السكوت عنه قوله لان حكم العقد قلت بل هو حكم مالكية
البذر اذ لو كان سلامة العين كله حكم العقد لكان اشتراط الشركة فيه على خلاف حكمه
واشتراط خلاف حكم العقد مفسد له واشتراط في التبن مع اشتراط في الحب ليس بمفسد
فكانه ابراد بحكم العقد ما ثبت بلا شرط كانه قال لانه ثبت له بلا شرط فكان الاشتراط في حقه
لعدمه فصار كانه لم يشترط قوله وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره
فان قيل بما اذا استاجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلك قبل التسليم يجب على المستاجر
اجر المثل فينبغي ان يكون هنا كذلك لان المزارعة قد صحت والاجر المسمى بمنزلة الاجرة
العين وقد هلك قبل التسليم وانما قلنا الاجرة المسمى كالاجرة العين لانه لو اراد ان يعطي
الخارج من ارض اخرى لا يجوز قلت انما يلحق الاجر المسمى هنا بالاجرة العين في حق وجوب الاجرة
ان لو كان هذا في الهلاك كهو وليس كذلك اذ الاجرة العين هناك يهلك قبل التسليم وهنا
بعده لان المزارع قبض على البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض الفرع فيصير
كالقابض الاجر من هذا الوجه والاجر للعين اذا هلك بعد التسليم لا يجب شيء آخر فكذا هنا كذا
في الشرح وقد يقال قوله والاجر مسمى فلا يستحق غيره معناه اذا كانت التسمية صحيحة باقية اما اذا
فسدت التسمية بفساد العقد والفسخ بانفساخ فحينئذ يستحق غيره وهو المثل للضرر لانه
لم يرض بعمله مجانا والاجرة العين اذا هلكت قبل التسليم ينفسخ العقد صرح به الشارح في فصل بيع
المبيع قبل القبض وبانفساخ العقد ينفسخ التسمية فيستحق اجر المثل ضرورة انه لم يرض بعمله مجانا
وفي المسألة المزارعة التسمية باقية على الصحة اذ المزارعة لا تفسد ولا ينفسخ من الاصل اذا لم يخرج الارض
شيئا فلا يستحق غير المسمى مع بقاء التسمية لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهي انما قومت بالخارج فاذا
انعدم لم يجب شيء فاما ما قيل ان المسمى هنا بمنزلة الاجرة العين وقد هلك قبل التسليم فنقول
لا نسلم ان المسمى هنا هلك كيف والهلاك يعتمد سبق الوجود والمسمى هنا بعض الخارج وهو
معدوم للحال وقد رضي الموجر به فلا يستحق غيره وذلك ان الرضا بمعدوم على خطر الوجود رضا بان يكون
منافعه مجانا على تقدير عدم الوجود بخلاف ما اذا كان الاجرة عينا معينا وهلك قبل التسليم لانه لم يرض
بمنافعه الا بها فاذا لم يسلم لها بالهلاك يستحق اجر المثل لدفع الضرر عنه ثم ما ذكر الشارح من الجواب
فهو غير مطرد فيما اذا كان الارض لواحد والباقي للآخر الا ان يجعل رب الارض قابضا
له بانضاله بارضه قوله وقال محمد رحمه الله تعالى له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه
بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل له فان قلت مقتضى هذا التعليل ان يجب
اجر المثل بالغا ما بلغ في جميع الاجارات الفاسدة ومحمد رحمه الله تعالى لا يقول به
اجيب بان معناه انه استوفى منافعه بعقد فاسد والمسمى غير

معلوم فلا يصح الحط فيجب عليه قيمتها بالغا ما بلغ كما اذا استركا في الاحتطاب حيث يجب
الاجر هناك بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله تعالى بعلة ان المسمى غير معلوم فلم يصح الحط
قوله وقد مر في الاجارات اي قد مر هذا الاختلاف مع محمد رحمه الله تعالى في كتاب
الاجارات في مسئلة الاشتراك في الاحتطاب فان هناك يجب الاجر عند محمد رحمه
بالغا ما بلغ لان المسمى غير معلوم فلم يصح الحط وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى
لا يجاوز به النصف من ذلك وليس المراد بقوله وقد مر في الاجارات سواه من اختلاف
بيننا وبينه في الاجارات الفاسدة بل يجب الاجر بالغا ما بلغ حتى يرد ما قال الشارح ان في هذه
الحوالة نوع بعثرة لانه ذكر في كتاب الاجارة اذا استاجر رجل حمارا ليحمل بقفيز منه فالاجارة
فاسدة ولا يجاوز بالاجرة فالواجب الاقل مما سمي من اجر المثل لانه رضي بالحط وهذا
بخلاف ما اذا استركا في الاحتطاب حيث الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله
لان المسمى غير معلوم هناك فلم يصح الحط فبهذا يعلم ان عند محمد رحمه الله تعالى لا يبلغ اجر المثل
بالغا ما بلغ في الاجارات الفاسدة ثم ذكر ههنا وقال محمد رحمه الله له اجر مثله بالغا ما بلغ الى ان قال
وقد مر في الاجارات وذلك يدل على ان مذهبه في جميع الاجارات الفاسدة ان يبلغ الاجر
بالغا ما بلغ وليس كذلك ثم لفظه وجه عدم الورود على ما ذكرنا من المعنى ظاهر فان قيل في هذا
الحكم اشارة الى قوله لا شيء له في القضاء قلت فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه
غره في ذلك لانه انما استعمله باقامة هذا العمل ليحصل له نصيبه من الخارج فاذا اخذ الارض منه
فقد غره والغرور مدفوع كذا في الكافي وفيه نظر لان اجر مثل العمل في هذه الصورة اذا وجب
ديانة لدفع الغرور وجب قضاء ايضا اذ الضمان لدفع الغرور كما يجب ديانة يجب قضاء ايضا
الا يرى انه لو اعار ارضا ليبني او يغرس ووقت كان رجع في العارية قبل الوقت صح رجوعه
ويكلف قلع البناء والغرس وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع وعلله في الكتاب بقوله
لانه اي المستعير مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه
هذا كلامه فقد اوجب نقصان البناء والغرس دفعا للغرور قضاء فلو كان ضمان اجر مثل العامل
في هذه لدفع الغرور لوجب قضاء كما يجب الضمان قضاء في مسئلة العارية وجوابه ان دفع الضرر التغرير
وان كان يوجب الضمان قضاء عند الامتناع وعن المضي في العقد فلحوق الضرر لرب الارض باتلاف
بذره في الحال فيما اذا كان البذر له وقد كرب العامل فيها اذا اوجبنا عليه المضي في العقد يقتضي ان لا يجب عليه شيء للعامل
لانه دافع للضرر عن نفسه فدار بين ان يجب وان لا يجب فقلنا بوجوبه ديانة لا قضاء عملا بالوجهين اعني دفع الضرر عن نفسه
والزام الضرر على الغير بالتغرير جميعا ولا يمكن العكس لاستحالة ان يجب الشيء قضاء ولا يجب ديانة لانه ما يجب
بالقضاء يجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى ايضا بخلاف مسئلة العارية حيث لا ضرر بالمعير اذا لم يرجع في العارية
فيتعين رجوعه اضرارا للمستعير بالرجوع فيضمن قضاء قوله وهي انما قومت بالخارج قلت بخلاف ما اذا فسدت

ولم يخرج

ولم يخرج الارض شيئا لان المنافع فيه قومت باجر المثل لا بالخارج على ما مر في الرطبة بخلاف
النخيل فانه لو فسد بقوله دفعها معاملة الى ان يذهب اصولها فلا يجوز وان اطلق عن ذلك فهو جائز
فتقع المعاملة على اول ثمر يخرج في تلك السنة الى هذا اشار ابو الليث كذا في الشرح وهذا ينبغي في التاخير
حيث نقل اولا ان بيان المدة ليس بشرط ويقع في اول الثمر في النخيل والرطبة جميعا وذكر هنا ما يشير
الى بطلان المعاملة في النخيل والرطبة عند عدم بيان المدة وحاصله ان المذكور في كتابنا محمول على ما
اذا قال حتى يذهب اصولها وينقطع نباتها وقوله او اطلق في الرطبة محمول على ما اذا لم يكن لها اجزة
معلومة ولا بد من حمل على هذا وان كان خلاف الظاهر جدا ولكن يشكل الفرق بين دفع النخيل حتى
يذهب اصولها وبين اجارة الدار ليسكن كل شهر بدرهم حتى يصح الاجارة في اول الشهور ويعكس مسئلة
الاجارة يقتضي ان يقع المعاملة اذا دفع الاشجار حتى يذهب اصولها على اول السنة لان قوله حتى يذهب
اصولها في قوة قولنا كل سنة قوله لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد عليه الا بضرر يلزمه قلت قال
في كتاب البيع الفاسد وجذع في سقف وذراع في ثوب لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر فعقد على فساد
البيع هناك بضرر يلزمه في المضي على العقد علل به هنا عدم الجبر على المضي واثبات خيار الفسخ لمن يلحقه
الضرر وبينهما نوع تنافر قوله كان على المزارع اجر مثله الى ان يستحصد وقد يشكل كلام من
قوله ومن استاجر رجلا يحمل طعاما مشتركا بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل
لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه هذا كلامه ووجه الاشكال ان الزرع مشترك بينهما فما من جزء من
الارض الا وهو مشغول بحق صاحب الارض وانه ينافي تسليم المعقود عليه والاجر لا يجب الا بالتسليم
الا ان يقال انما لا يجب اجر المثل على العامل الا انا اوجبناه على خلاف القياس تعديلا للنظر من
الجانبين قوله وان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه
وذكر الامام التمرتاشي ان كل من اجبر على ان يفعل مع شريكه فاذا فعل احدهما بغير امر فمتطوع لان له
طريقا وهو المطالبة كنهر بينهما امتنع احدهما من الكري فكرى الاخر وسفينة تخاف من الغرق او هو
حمام او طاحونة بعيب فاصلح احدهما او عبد جنى ففدى احدهما فهو متطوع لانه يجبر الاخر وان لم يجبر
فلا يكون متطوعا كعلو لرجل وسفل لاخر فسقطا لا يجبر صاحب السفل على البناء فان بنى الاخر
لا يكون متطوعا لانه ليس له ولاية الجبر ولا يتمكن من الانتفاع بجهة الا بناء السفل فكان مضطرا
في بنائه فلا يكون متطوعا كذا في الشرح في مسائل شتى من كتاب ادب القاضي ثم التعليل بقوله
لانه لا ولاية له عليه غير كاف لجواز ان لا يكون له على صاحبه ولاية ولا يكون متبرعا كما ذكرنا من الصورة
التي لا يجبر على ان يفعل مع شريكه فالصواب ان يضم مقدمة اخرى ويقول لانه لا ولاية له عليه
وهو غير مضطر الى الانفاق ايضا لانه يمكنه الانفاق بامر القاضي قوله لان ابقاء العقد بعد
وجود النهي كانه ابتداء الابقاء صورة والا فقد نفي اولا لان العقد هنا لا يبقى حتى يجب العمل عليهما
فلو كان باقيا لوجب على العامل خاصة قوله ووجه ذلك ان العقد تناهى الزرع هذا اذا كانت المدة

عند استحصا والزرع بان كانت سنة ومضت السنة واما اذا كانت المدة سنين فوجدانها العقم
ان المزارعة كالاجارة وانها عقود متجددة بالنسبة الى زرع قد ادرك وان كانت باقية
بالنسبة الى زرع اخر **قوله** بخلاف الزرع لان ابتداؤه يختلف كثيرا خريفا وصيفا
وربيعا والانتهاء بناء عليه فيدخله الجهالة ويشكل بان بيان جنس البذر شرط في ديارنا
ولا دراكها ايضا وقت معلوم فلا يدخله الجهالة فينبغي ان يصح المزارعة بلا بيان المدة ايضا
ويقع على اول الزرع كما روي ذلك عن محمد بن سلمة رضي الله تعالى عنه وبه اخذ الفقيه ابو
الليث رحمه الله تعالى الا ان شيخ الاسلام ذكر في اول المزارعة ان اشتراط بيان جنس البذر
قياس وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فتفوض الراي الى المزارع او لم
يعوض بعد ان ينص على المزارعة فعلى هذا الاشكال **قوله** وبخلاف ما اذا دفع اليه نخيلا واصول رطبة على
ان يقوم عليها حتى يذهب اصولها وينقطع نباتها اي حينئذ لا يجوز اما اذا دفع النخيل واصول الرطبة على
ان يقوم عليها معاملة مطلقا فيجوز اذا كان للرطبة جزة معلومة يقع المعاملة في النخيل على اول
ثمرة يخرج وفي الرطبة على اول جزة معلومة تنبت اما اذا لم يكن للرطبة جزة معلومة فلا يجوز سواء
قيد بذهاب اصولها او اطلق او لم يذكر شيئا لان في كل منهما جهالة المدة في الرطبة بخلاف النخيل فانه لو
بقول دفعها معاملة الى ان يذهب اصولها فلا يجوز وان اطلق عن ذلك فهو جائز فيقع المعاملة على
اول ثمرة يخرج في تلك السنة والى هذا اشار ابو اليسر كذا في الشرح وبهذا يندفع التناقض حيث
قال بان بيان المدة في المعاملة ليس بشرط ويقع على اول الثمر في النخيل والرطبة جميعا وذكر هنا ما يشير
الى بطلان المعاملة في النخيل والرطبة عند عدم بيان المدة وحاصله ان المذكور ههنا محمول على ما اذا قال
حتى يذهب اصولها وينقطع نباتها وقوله او اطلق في الرطبة على ما اذا لم يكن لها جزة معلومة ولا بد
من الحمل على هذا والا كان خلاف الظاهر جدا ولكن يشكل الفرق بين دفع النخيل حتى يذهب اصولها
وبين اجارة الدار للسكنى كل شهر بدرهم حيث تصح الاجارة فقياس مسئلة الاجارة يقتضي
ان تقع المعاملة اذا دفع الاشجار حتى تذهب اصولها على اول السنة لان قوله حتى يذهب اصولها
في قوة قوله كل سنة **قوله** فجهلت المدة قلت نعم ولكن هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة بخلاف
قلت ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان يكون معلولا **قوله** نعم ولكن لا تعدي النص الا
اذا كانت معقولة المعنى والنص الوارد في المعاملة والمزارعة غير معقول لما انه استيجار ببعض
ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان قلت والظاهر للغارس قيمة غرسه واجر مثله **قوله**
العقل ان له اجر مثله اي مثل عمله مشكل لان الغرس لما سلم الى الغارس حتى استحق قيمته على رب
الارض يقع عمله كله لنفسه لان الرب لا يستحق الاجر فيما يحل لنفسه بخلاف المزارعة اذ غرست والبذر
لرب الارض حيث يجب للعامل اجر مثله لانه تسلم الخارج لرب الارض لانه عمل ملكه على رب الارض
ولم يرض مجانا فيستحق اجر المثل وجوابه انه يشكل لو كان الواجب على رب الارض قيمته يوم الاداء حيث يقع عمل

العامل

العامل حينئذ في غرس نفسه اما لو كان الواجب قيمته يوم الانقلاع لانه الموجب لها انما
هو تعذر الرد وانه حاصل بالاتصال بالارض وانه يتصل بارضه كما تعلق فيملكه رب الارض
من وقت الاتصال فيستحق اجر المثل فلا اشكال وللقائل ان يقول ان الموجب للقيمة انما هو
تعذر الرد بعد وجوبه والرد انما يجب عند قبض الارض من العامل لانها ما دامت في يد العامل
كالغراس المتصل بها في يده ايضا والرد يستدعي الى ان يكون الغراس في يد رب
الارض فينبغي ان يجب عليه قيمته يوم قبض البستان ومتى استحق العامل قيمة الغراس
يوم قبض البستان كان للغارس الى حين قبضه واقعا لنفسه فلا يستحق الاجر على غيره
قوله ويتعذر رد الغرس لاتصالها بالارض مشكل اذ الاتصال بالارض لا يوجب تعذر الرد
الا يرى ان الغارس لو بنى او غرس في ارض مغصوبة لا يجبر المالك على اداء قيمة البناء
والغرس بل يقال للغاصب اقلع البناء والغرس وسلم الارض الا اذا كان في القلع ضررا
برب الارض فحينئذ يكون له ان يعطي قيمة البناء والغرس ويكونان له ولا يمكن حمله على ما اذا
انتقص الارض بالقلع لان لفظ الكتاب يأباه لانه يقتضي ان يكون للغارس جبر رب الارض
على اداء القيمة وفي صورة الانتقاض الخيار في اداء القيمة لرب الارض ولا للغارس فليتأمل
قوله لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان
فيفسد كما لو استاجر صباغا لصبغ ثوبه بصبغ على ان نصف المطبوخ للصباغ ولا يقال التعليل
بكونه في معنى قفيز الطحان يعم جميع صور المزارعة والمساقاة اذ ما من معاملة او مزارعة
الا وهو استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان فينبغي ان يفسد كما هو مذهب
ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه لانا نقول القياس يقتضي كذلك الا انا جوزنا المزارعة والمعاملة
بالنص ولا نص في مثل هذه الصورة فيبقى على القياس **كتاب الذبائح** اورد الذبائح بعد
المزارعة لمناسبة بينهما وهو ان الذبح يحصل المقصود وهو الانتفاع باللحم في الحال مع اتلاف
الموجود في الحال وهو زهوق الروح كالمزارعة يحصل المقصود وهو الانتفاع بالخارج في المال
مع اتلاف القدر الموجود في الحال وايضا الزراعة لتحصيل الخبز والذبح لتحصيل اللحم وهما متلازمان
لجريان العادة باكل الخبز مع الخبز **قوله** والذكوة شرط حل الذبيحة اي حل الحيوان
الدموي الماكول والا معنى لاشتراط الذبح لحل الذبيحة **قوله** ولان به يتميز الدم
النجس من اللحم الطاهر يعني ان طهارة اللحم شرط لحله ولا طهارة عن الدم النجس الا بالذبح فيشترط
الذبح لحله لا يقال جاز ان يطهر بالذبح ولا يحل اكله فان ما لا يؤكل من الحيوان يطهر بالذبح ولا يحل
اكله لان الطهارة شرط الحل لا علة فجاز ان توجد الطهارة ولكن لا يحل الا بالطهارة فكل حلال يجب
ان يكون طاهرا وليس كل طاهر حلالا **قوله** وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في الماكول
وغيره قلت الذكوة شرط الحل وعلة الطهارة لان كل ذبح يوجب الطهارة عن الدم ولا يوجب

زمان

الحل ولكن انما يحل الا بالذكوة فيكون الذكوة موجبا للطهارة عن الدم وشرطا للحل و قوله
كما يثبت به الحل يثبت به الطهارة يقتضي ان يكون الذبح علة للحل كما هو علة للطهارة عن الدم **قوله**
ذكوة الارض يبسها طاهرة يقتضي حصر الذكوة لا ما ذكوتها الا يبسها وليس كذلك فان
تطهيرها بالماء ايضا وعن هذا قيل الكلام على القلب اي يبسها ذكوتها فيفيد حصر المبتدا اذ هو اليبس على
الذكوة اي يبسها **قوله** وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا وهو قوله تعالى الا ما ذكيتم
وقوله تعالى فطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم والمراد الذبائح اذ لو حمل على ما سواها لم يكن
لتخصيص اهل الكتاب معنى ثم قوله لما تلونا تعليل في حق المسلم وقوله ولقوله تعالى وطعام
الذين اوتوا الكتاب تعليل في حق اهل الكتاب على اللف والنشر **قوله** وهذا لان الذكوة
فعل مشروع وهذا الصنع محرم فلم يكن من ذكوة يعني الذبح المشروع يكون سببا بالنصوص بخلاف
القياس لانا بالذبح لا يتيقن بخروج كل الدم النجس ليتميز الخبيث من الطيب وهو المحلل في الحقيقة
الا ان الشرع اقام الذبح المشروع مقام خروج الدم النجس تيسيرا ولهذا لو ذبح ولم يسيل
حل كله فيبقى ما لم يكن مشروعا على اصل القياس فينعدم الحل عند انعدام شرعية الذبح فان قلت
ذبح المغصوبة او الذبح بالسكين المغصوبة غير مشروع مع انه يوجب حل المذبوح اجيب بان
ذبح المغصوبة او الذبح بالسكين المغصوبة انما هو بمعنى منفصل عن الذبح وهو التصرف في ملك
الغير بلا رضا فاما هو في نفسه فمشروع بخلاف ذبح المحرم الصيد او الحلال صيد الحرم فانه انما حرم
من حيث انه تعرض للصيد وهذا المعنى ذاتي لا ينفك عن الذبح لاستحالة الذبح بلا تعرض للمذبوح
قلت قال الذبح بين الحلق واللبة وفي المبسوط الذكوة ما بين اللبة واللحيين وفيه دليل على ان اعلى
الحلق واوسطه واسفله في ذلك سواء لان الكل في المعنى المطلوب بالذكوة سواء **قوله** وهذا القول ل
من الشافعي مخالف للاجماع الظاهر ان الاجماع لم يكن بتخصيص الكل بل بتخصيص البعض وسكوت
الباقي ومثله ليس باجماع عند الشافعي رحمه الله **قوله** وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله
اوسطه واسفله واعلاه وانما اعاد لفظ الجامع لان بين رواية المبسوط والجامع الصغير اختلافا في
الظاهر لان رواية المبسوط يقتضي الحل فيما اذا وقع الذبح فوق الحلق قبل العقدة لانه وان كان
قبل العقدة فهو بين اللبة واللحيين ورواية الجامع الصغير يقتضي ان لا يحل لان على رواية محل
الذبح الحلق فلما وقع الذبح قبل العقدة لم يكن الحلق محل الذبح فلا يجوز فكانت رواية الجامع الصغير
مقيدة لاطلاق رواية المبسوط بان باطلاق قوله الذكوة ما بين اللبة واللحيين كذا في الشرح
وههنا شبهتان احدهما ان ما ذكر في الجامع ان كان يخالف رواية المبسوط ظاهرا على ذكر الفقيه رح
فهو لا يخالف لفظ القدوري على ما ذكر المصنف رحمه الله تعالى حيث قال الذكوة بين الحلق واللبة
ولم يقل بين اللبة واللحيين حتى يكون رواية الجامع مخالفة له فالفائدة المذكورة على اعادة
لفظ الجامع غير مستقيم لان المصنف رحمه الله تعالى لم يذكر لفظ الجامع لمقابلة رواية المبسوط حتى يكون

ذكره

ذكره لبيان المخالفة بل ذكره بمقابلة رواية القدوري ولا مخالفة بينهما فالاولى ان يقال انما
اعاد لفظ الجامع لان ما ذكره القدوري من قوله الذكوة بين الحلق واللبة ظاهره يقتضي ان
لا يكون الحلق محل الذبح بل محله الموضع الذي بينه وبين اللبة فنبه بايراد لفظ الجامع المقتضي
لكون الحلق محل الذبح على ان المراد بقوله الذبح بين الحلق واللبة اي بين ما فوق الحلق واللبة
وهو الحلق كله والثانية ان التعليل الذي ذكره المصنف رحمه الله بقوله والاصل فيه قوله عليه
الصلوة والسلام الذكوة ما بين اللبة واللحيين يدل على ان الذبح لو وقع قبل العقدة جاز ايضا وما
ذكر في المدعى من قوله الذكوة بين الحلق واللبة او قوله لا باس بالذبح في الحلق كله يقتضي ان لا يحل
لو وقع الذبح قبل العقدة لان ما قبل العقدة ليس من الحلق على ما اشار اليه الشارح بقوله فلما وقع
الذبح قبل العقدة لم يكن الحلق محل الذبح فالتعليل يخالف المدعى اللهم الا ان يفسر الحلق بما
بين اللبة واللحيين كما وقع في بعض الحواشي ليوافق مقتضى الحديث ويدل على الحل اذا وقع
الذبح قبل العقدة كما روي عن الامام الرستغفني رحمه الله تعالى حيث سئل عمن ذبح شاة فبقيت
عقدة الحلقوم مما يلي الصدر وكان يجب ان يبقى مما يلي الراس اتوكل ام لا فقال هذا قول العوام
من الناس وليس بمعتبر بل توكل بقيت العقدة مما يلي الراس او مما يلي الصدر لان المعتبر قطع الاكثر
الاوداج وقد وجد وقال في الشرح وشيخي كان يفتي بهذه الرواية فكان يقول الامام الرستغفني رحمه الله امام
في العلم ولو اخذنا يوم القيمة بسبب العمل بهذه الرواية نحن ناخذه ايضا بما اخذنا والله اعلم
قوله لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت وهي اسم جمع واقله الثلاثة فيتناول المري والودجين
فان قلت الجمع المحلى باللام يراد به الجنس في موضع النفي والاثبات نحو قوله تعالى لا يحل لك النساء من
بعد وقوله عليه السلام شهادة النساء جايزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه قلت قد يراد به
الجمع على حقيقته ايضا كما في قوله [illegible] على ما في يدي وكذلك في الاقرار والوصية فلما كان
اي يراد به الجمع مرة والاقل اخرى حمل على الجمع هنا احتياطا وفي موضع الحرمة من اليمين وغيره الاحتياط
في العمل بالاقل وكذا شهادة النساء في الموضع الذي لا يستطيع الرجال النظر اليه الاحتياط في قلة
النظر فيحمل على الاول ولان هذا الجمع وهو الاوداج على طريق التغليب للحلقوم والمري والودجين
فلم يكن لطلب بر الجموع من العبيد والنساء ولما ان اقراره ليست بمتحد فكان كل واحد منهما مرادا
عند دخول الالف واللام بخلاف سائر الجموع كذا في الشرح وفيه نظر لان الاحتياط لو كان في قلة
النظر لما كان الاثنان او الثلاث في شهادة النساء احوط وقد مر في الشهادات المبني و
الثلاث احوط في شهادتهن لما فيه من معنى الالزام فكان ينبغي ان يحمل على الجمع احتياطا لو صح ان ما
ذكر الشارح من الاحتياط في قلة النظر يقتضي ان يحمل على الاقل وما ذكرنا من الاحتياط في العدد لما فيه
من معنى الالزام يقتضي ان يراد به الجمع ومقتضى اللفظ هو الجمع فينبغي ان لا يترك مقتضاه بالشك
من التفرقة بين ما هو جمع على سبيل التغليب وما هو جمع على الحقيقة نحو النساء كما لا يعقل له معنى

اذ الدليل المذكور في الاصول لبطلان معنى الجمع بدخول اللام لا يفرق بين جمع وجمع فقد ذكر في
البزدوي ان هذا النوع اي الجمع المعروف يصير مجازا عن الجنس اي عبارة عنه اذا دخله
لام المعرفة لان لام المعرفة للعهد ولا عهد في اقسام الجمع فجعل للجنس ليستقيم تعريفه وفيه
معنى الجمع ايضا لان كل جنس يتضمن الجمع فكان فيه عمل بالوصفين ولو حمل على حقيقته بطل
حكم اللام فصار الجنس اولى بهذا الغلط ثم جاز ان يقال اللام في قوله افر الاوداج ان كان للجنس
وهو ان كان يتناول الاقل فهو يحتمل الكل ايضا وههنا حمل على الكل بدلالة ان المقصود
من فري الاوداج اخراج الدم النجس وتميزه عن اللحم الطاهر وهذا المقصود لا يتأتى الا بارادة كل الجنس
وهو الودجان والمري ولكن المصنف رحمه الله تعالى لما بين في العبارة لما لم
يختلف الجواب ههنا في ارادة الجنس وفي حمل على الجمع فقال وهي اسم واقله الثلث
الذي ثم الاظهر ان يقال في فري ما في الكتاب ان في قوله عليه السلام افر الاوداج لا يمكن
ان يجعل العهد لعدم المعهود ولا للجنس المبطل لمعنى الجمع لكون التقدير افر الودج اما ان الفرد الحقيقي او
الحكمي لا سبيل الى واحد منهما اذ الحقيقي وهو احد الودجين او الحكمي وهو الودجان لا يحصل بقطعهما
ما هو المقصود من انهار الدم وان كان الودج لا يجعل اللام زائدة كانه قال افر اوداجا فلا بد من
رعاية معنى الجمع واقله ثلث وللودج فردان لا غير فلا بد وان يضم معهما فرد آخر تحقيقا لمعنى الجمع غير
ان المري اشبه بالودج من الحلقوم فاعتبر من الاوداج تغليبا ولما صار المراد به الكل
يوجب قطعها عبارة وقطع الحلقوم اقتضاء لان قطع الثلاثة المذكورة لا يمكن الا بقطع الحلقوم
قوله فان اي الحلقوم مجرى العلف والماء والمري مجرى النفس هكذا ذكر في [illegible] وبان وما كان
المري مجرى الطعام والشراب كان الحلقوم مجرى النفس ويريده قوله تعالى حتى اذا بلغت الحلقوم والله اعلم
قوله والتوجيه بالمعاملة الاسراع قوله لان الاكثر بان اي الاكثر في موضع الاحتياط اذ المراد الاكثر
النصف له حكم الاكثر موضع الاحتياط اذ المراد الاكثر من جملة المشروط وهو الثلث قوله وانما يدخل في البيع
تبعا بالجواز اي انما يدخل لانه لو لم يدخل يكون في المستثنى واستثناء الجنين يفسد بيع الام
كذا في الشامان وفيه نظر لما ذكر في المزارعة ان المفسد هو الشرط اما السكوت عنه فليس
بمفسد فالاستثناء وان كان شرطا فاسدا فهو انما يفسد البيع اذا تكلم بالاستثناء اما
لو سكت عنه فلا دان خرج الحمل عن البيع وايضا البيع انما يفسد باستثناء الجنين لان استثناءه
على خلاف موجب العقد لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبين الاصل [illegible] الاطراف
فالاستثناء ويكون على خلاف الموجب الا هذا الشرط في البيع الفاسد فعلى هذا كان دخول
الجنين باعتبار انه لو لم يفسد لعينه بالاستثناء مؤكدا لما قال لا من انه جزء الام حكما فلا يصح جوابا
لها وايضا لو كان دخوله في البيع لما ذكر المصنف رحمه الله تعالى لا يكون جزء الامة حكما لكان ينبغي ان
لا يدخل في الوصية عند الانفصال بالام اذ الوصية لا يبطل بالاستثناء قوله ويعتق باعتاقها

لئلا

لئلا ينفصل من الحرة ولد رقيق يعني ان عتقه عند اعتاق الام بطريق السراية عن الام والسراية
مخصوصة بالعتقات الشرعية وكونه مزكى من العتقات الحقيقية كذا في الشامان قلت هذا الحمل
بما اذا تزوج عبد بامة لآخر فاعتق المولى الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء
حمل الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا لانه اضاف الاعتاق الى جميع اجزائها والولد
منها فيعتق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه الى مولى الاب وان اعتق وكذلك اذا ولدت لاقل من ستة
اشهر من وقت الاعتاق وان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر فولاؤه
لمولى الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم ينتقض بقيامه وقت الاعتاق
حتى يعتق فان اعتق الاب جر ولاء ابنه وانتقل عن مولى الام لان العتق هنا في الولد ثبت تبعا
هكذا ذكر في كتاب الولاء فظهر ان الحمل يعتق باعتاق الام مقصودا من حيث انه جزء من اجزائها
كما قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا انه يعتق باعتاقها كيلا ينفصل عن الحرة ولد رقيق اذ
لو كان الامر كذلك لكان عتق الولد بطريق التبعية فيما اذا اعتق حاملا وولدت لاقل من ستة
اشهر فينبغي ان ينتقل الولد والولاء الى مولى الاب ان اعتق كما ينتقل فيما ان ولدت لاكثر من ستة
اشهر والمسئلة بخلافه كما ذكرنا والله اعلم ثم ذكر في الكافي والمراد بالحديث التشبيه لا النيابة اي
ذكوة الجنين كذكوة امه كقوله فعيناك عيناها وجيدك جيدها ولو كان المراد ما يقولان لقال
ذكوة الجنين ذكوة الام كما يقال لسان الامير لسانه كلامه قلت وهذا التأويل يرده
ما ذكر في المصابيح عن ابي سعيد الخدري قال قلت يا رسول الله ننحر الناقة ونذبح البقرة
والشاة فنلقى في بطنها الجنين انلقيه ام ناكله قال كلوه ان شئتم فان ذكوته ذكوة امه ومن
اراد تأويل هذا الحديث بان المراد بعد الذكوة فان ذكوته مثل ذكوة امه في افادة الحل فقد تعسف
فصل فيما يحل اكله وفيما لا يحل قوله وقوله من السبع ذكر عقيب النوعين فيصير اليهما مشكل
لانه انما يجب الصرف الى النوعين اذا لم يكن النوع الاول مختصا ببيان على حدة وههنا قد خص
كل نوع ببيان حيث قال في الاول من الطيور وفي الثاني من السباع فصار كما لو اتى بجملتين وذكر
لكل منهما شرطا على حدة بان قال عمرة طالق ان دخلت الدار وبكرة طالق ان دخلت البستان وفي
مثله لا يصرف الشرط الثاني الى الجملتين فكذا ههنا وذلك انه انما يصرف البيان الى النوعين لاحتياجه
الى البيان فاذا كان الاول مختصا ببيان لا يحتاج الى البيان ثانيا فلا يصرف البيان الثاني اليهما لعدم حاجة
الاول الى البيان قوله والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة الفرق بين الاختطاف والانتهاب
ان الاختطاف فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع غير الطيور ولما كان اسم السبع شاملا على
القبيلين فسر السبع بهذين الوصفين كذا في الشرح قلت لو كان المقصود ذكر هذين الوصفين
ادخال كلا قسمي السبع لما جمع بين الوصفين بقوله كل مختطف منتهب لان ذلك يشعر بان هذين الوصفين
السبعية وليس كذلك بل المختطف غير المنتهب سبع وكذا المنتهب غير المختطف فالصواب ان يقول

بخلاف الاول

فاتل جار عادة مختطفًا او منتهبا **قوله** ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم ويقال لو كان كذلك
لكان حرامًا في الازمنة كلها اذ الآدمي مكرم في جميع الازمنة وقد مر في اول الكتاب ان اكل
السبع كان حلالا ثم حرم وايضا لو كان النهي للتكريم لكان لنا فيلزم ان يكون النهي للتنزيه
النهي علينا فيعود على موضوعه بالنقض الآن يقال ان تكريم الآدمي ثبت حقا لله ايضا اذ الآدمي
بنيان الرب ولهذا لا يرضى الانسان بما فيه استهانته ثم تحل **قوله** والفيل ذو ناب فيكره
قلت المكروه انما هو ذو ناب يصيد بنابه لا كل ذي ناب فان الابل له ناب ولكنه لا يصيد به
والفيل ايضا لا يصيد بنابه فيجب ان لا يكره وجوابه انه وان كان لا يصيد الحيوان لناكل فهو
يقتل الحيوان بنابه وعادته القتل ولا يعني بصيد الحيوان سوى قتله بناب او مخلب والفيل
كذلك ولكن يشكل الفرق بين الفيل والجاموس الوحشي فانه ايضا يعدو ويقتل الآدمي وغيره
فكان الجاموس لا يقتل بالطبع وانما يقتل بعدم بعدم الانس حتى اذا استأنس لا يعدو او هو
دافع وليس يبتدي الآدمي بخلاف الفيل فانه مطبوع على البداية بالاذى فافهم **قوله** الرخم
الصراح بتخفيف مرغ مردارخوار والبغاثة ثلث لغات نوع از مردارخوار قال الشاعر
ان البغاث بارضنا يستنسر في النجم ... دوامن كسان رفيف **قوله** الغدان بالغين المعجمة
والدال المهملة والفا نام سياه وكرس ... **قوله** والزنبور من الموذيات حتى قيل
كنت اظن ان العقرب اشد لسعة من الزنبور فاذا هو اباها **قوله** ولانه آلة ارهاب العدو
فيكره اكله احترامًا له ولا ترجح اباحته بتعليل الجهاد ... ما ترجح كتاب الزيف **قوله** والكراهة
الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها بهذا اللفظ فعلى ان الابل ايضا آلة الجهاد
فيجب ان يكره اكلها احترامًا واحترازا عن تقليل آلة الجهاد الآن يقال الخيل آلة الجهاد في جميع
البلدان والاماكن واما الابل فهو آلة الجهاد لعرب خاصة **قوله** ولنا ان الذكوة مؤثرة
في ازالة الرطوبات النجسة والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات اللحم والجلد فاذا طهرت
كما في الطباع الوباغ وفيه بحث لما مر في فصل الآسار من كتاب الطهارات ان سور سباع
عندنا فلو كان لحمها طاهرا في ذاته كما اشار اليه ههنا لما كان سوره نجسًا اذ السور معتبر باللحم
طهارة ونجاسة ثم المصنف رحمه الله علل نجاسة سور سباع البهائم بقوله لان لحمها نجس ومنه
يتولد اللعاب وهو المعتبر في الباب فهناك صرح بنجاسة اللحم وههنا صرح بان النجس هو الدماء السيالة
دون اللحم وهذا تناقض وقد يفرق بين السباع والمأكولات ان الرطوبات في المأكولات طاهرة
باعتبار طهارات اغذيتها وفي السباع نجسة باعتبار نجاسة ما يتغذى بها فيكون لحوم المأكولات
طاهرة لعدم اختلاطها بالرطوبات النجسة فكان سور المأكولات طاهرًا لتولده من اللحم الطاهر وسور سباع
البهائم نجسًا لتفرعها من اللحم النجس وبهذا ظهر وجه التوفيق بين كلاميه فتأمل **قوله** في اباحتها ولنا
في اباحة الضبع ما روي ان جابرا رضي الله عنه سئل عن الضبع اصيد هو قال نعم فقيل ايؤكل لحمه فقال نعم

فقيل

فقيل اسمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم **قوله** انه معارض بما روي عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع والضبع والمحرم مع المبيح اذا اجتمعا رجح المحرم احتياطا
او حديث جابر محمول على ما قبل تحريم السباع واما الضب فلما سيأتيك من حديث جابر على ما مر كرهوا
والضب فلما روي عن عائشة رضي الله عنها انه اهدي لها ضب فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم
من اكله فنهاه فجاء سائل فارادت ان تطعمه اياه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتطعمين ما لا تاكلين والخصم
ان يقول المراد بالكراهة كراهة طبيعية بدليل ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه ان خالد بن وليد اخبره انه
دخل مع رسول الله عليه السلام على ميمونة وهي خالته فوجد عندها ضبا محنوذا فقدمت الضب الى رسول الله
عليه السلام فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم يده عن الضب فقال خالد احرام الضب يا رسول الله
قال لا ولكن لم يكن بارض قومي فاجدني اعافه قال خالد فاحتززته فاكلته ورسول الله عليه السلام ينظر
الي وعن ابن عمر قال قال عليه السلام كلوا ولا احرمه وما روي عن عبد الرحمن بن رشيد ان النبي
عليه السلام نهى عن اكل الضب محمول على نهي التنزيه ردا للمحتمل على المحكم وانما رجح المحرم عند تساوي
في القوة وكذا ما روي عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وددت ان عندي خبزة
بيضاء من برة سمراء ملبقة اي مخلوطة اشد بسمن ولبن فقام رجل من القوم فاتخذه فجاء به فقال
في اي شيء كان هذا فقال في عكة ضب ... قال ارفعه لعله يعني اكله وانما
والصيد المذكور فيها لما المحمول على الاصطياد ويدل عليه قوله في مقابلته وحرم عليكم صيد
البر ما دمتم حرما اذ المحرم على المحرم انما هو اصطياد وصيد البر لا نفس صيد البر حتى انه لو لم يتعرض للصيد
بشيء حل له اكله فيكون المعنى احل لكم الاصطياد في البحر وحرم عليكم الاصطياد في البر ما دمتم
محرمين ولو اريد به الصيد فلا تمسك له فيه ايضا اذ المراد باحل حل الانتفاع لا حل الاكل والمعنى
احل لكم الانتفاع بجميع ما يصاد في البحر واحل لكم طعامه اي المأكول منه خاصة فقوله وطعامه
من اظهر الدلائل على ان جميع ما في البحر ليس بمطعوم والا لاكتفى بقوله احل لكم صيد البحر
وحيث زيد قوله وطعامه علم ان المطعوم هو البعض وهو السمك اجماعا **قوله** وسع به
في غير الاكل قلت هذا التعليل ليس كما ينبغي لانه لا ينتفع به في الاكل ولا ينتفع به في البدن والمسئلة
سيأتيك في الكراهية فكان الاولى ان يقال وينتفع في غير الاكل وغير البدن **كتاب الاضحية**
قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك الواجب قلت بل بترك سنة هي في قوة الواجب
ايضا نص عليه في الكافي في اول باب الجماعة حيث استدل على سنية الجماعة بقوله عليه السلام
لقد هممت ان امر رجلا يصلي بالناس فانظر الى اقوام يتخلفون عن الصلوة فاحرق عليهم بيوتهم
والوعيد لا يلحق الا بترك واجب وسنة تشبهه **قوله** والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ثم نقل
قالوا معنى قوله تعالى اذا قمتم الى الصلوة اذا اردتم القيام اليه والا فالوضوء انما يجب بعد
ارادة الصلوة قبل القيام اليها مع ان القيام الى الصلوة فرض ان التعليق بالارادة لا ينافي الوجوب

قوله وذلك بالوجود اي بوجود احدهما بالاخر اما بوجود المضاف الى المضاف اليه كما في كسب
او بوجود المضاف اليه من المضاف وهنا لا يمكن ان يجعل وجود المضاف من المضاف اليه لا حقيقة
ولا اعتبارا فيجعل وجود المضاف اليه من المضاف اعتبارا بان يجعل المضاف سببا لوجوده المفضي
الى الوجوب قوله لان الشراء للتضحية لا يمنع البيع وفي المبسوط واذا اشترى اضحية ثم باعها
فاشترى مثلها فلا باس بذلك لان نفس الشراء لا يتعين الاضحية قبل ان يذبحها وفي بعض
لا يجب عليها عنها فيجوز ان يبيع تلك البقرة ويشتري بقرة اخرى ويضحي بها قوله لان التاخير
لاحتمال التشاغل به عن الصلوة فلا معنى للتاخير في حق القروي فان قلت اذا كان المضحي في السواد
والاضحية في المصر فانها لا تجوز قبل الصلوة ولا تشاغل عن الصلوة لعدم وجوبها على المضحي قلت هذا
الوجه ان كان لا يحل التشاغل به عن الصلوة في حق المضحي فقد يحتمل في حق النايب ان يذبح عنه ثم
يشكل بان التاخير في غيره منفصل لا يمنع صحة التقديم كالبيع وقت الاذان لما كان حراما لغيره ينعقد اذا باشر
عنده ولا يكون فاسدا او كذبح شاة فانه يحل وان كان الذبح حراما لا لحرمة المعنى في الغير
فلا يمنع الحل وايضا هذا تعليل بمقابلة النص فلا يعتبر قال عليه السلام من ذبح قبل ان يصلي
فانما هو شاة لحم عجلها لاهله وليس من النسك في شيء قوله وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث
انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب وههنا بحث لما ذكر الشارح
في اول هذا الكتاب ان التضحية انما تجب في اخر ايام النحر حتى لو ولدت المراة ولدا بعد ايام النحر
لا تجب الاضحية لاجله ولو مات الولد في وسط ايام النحر لا تجب الاضحية وكذا اذا مات من هو
اهل لوجوب التضحية لان الوجوب يتاكد في اخر الوقت وهذا لان وقت الاضحية كوقت الصلوة
من حيث ان سبب كل منهما الوقت فيكون المعتبر في حق وجوب الاضحية اخر الوقت كما في الصلوة
فعلى هذا لو هلك المال قبل انقضاء ايام النحر لا تجب عليه التضحية اصلا لانعدام شرطه وهو اليسار عند
سبب الوجوب وهو اخر ايام النحر الا يرى انه يبطل بالموت ايضا لانه يجب متاكدا ثم يسقط بهلاك
في معنى الزكوة بل في معنى صدقة الفطر من حيث ان كلا منهما لا يسقط بعد تاكد الوجوب الا يرى
ان الشارح قال ان الاضحية تجب بالقدرة الممكنة كصدقة الفطر حتى من اشترى شاة للاضحية في ايام
فلم يضح حتى مضت ايام النحر فافتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا يسقط عنه الاضحية
ولو كانت القدرة ميسرة لاشترط دوام القدرة كما في الزكوة والعشر فيكون الاضحية كصدقة الفطر
دون الزكوة وفي صدقة الفطر يعتبر مكان المودي لا مكان الولد والرقيق على ما عليه الفتوى قوله
قبل مضي ايام النحر انما قيد بمضي ايام النحر ليكون سقوطها مضافا الى هلاك المال لانها بعد مضي ايام النحر
يسقط وان كان لا يتصل المال قائما بالفوات التقرب كذا في الحاشية وفي فتاوى قاضي خان ان موسر
اشترى شاة للاضحية فلم يضح حتى مضت ايام النحر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا يسقط
عنه الاضحية وهذا التصريح بعدم السقوط بعد مضي ايام النحر وكذا ما ذكر المصنف رحمه الله تعالى بعد هذا

من قوله

من قوله واذا فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها
ظهرا والصوم بعد العجز فدية ايضا بانها لا تسقط بعد مضي ايام النحر والله اعلم قوله
وفي الاخبار تعارض وقد يقال بما رواه الشافعي رحمه الله من قوله عليه السلام ايام التشريق كلها
ايام ذبح معارض لمكان التاكيد بكلها وما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم قالوا ايام النحر ثلثة
نص والمعارض راجح وايضا قوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح بعبارته يقتضي ان يكون اليوم
الرابع وهو الثالث عشر يوم ذبح وقولهم رضي الله عنهم ايام النحر ثلثة باشارته يقتضي ان لا يكون الثالث
عشر يوم ذبح لان ذلك ثبت بضرورة التقدير بالثلاث وما ثبت بالضرورة ثابت بالاشارة والتعارض
بين العبارة والاشارة اللهم الا اذا فسر اخبار بما روى الشافعي رحمه الله تعالى وبما ذكر في الكافي من قول
النبي عليه السلام ايام النحر ثلثة اولها افضلها فاذا غربت الشمس من يوم الثالث لم تجز التضحية بعده
قوله فاخذنا المتيقن وهو الاقل قلت قد تعارض الاخبار في وقت الظهر ولم يؤخذ فيه بالاقل
المتيقن بل قال ابو حنيفة رضي الله تعالى عنه هناك ان وقت الظهر قد دخل بتعين وقد وقع الشك
في خروجه عند صيرورة ظل كل شيء مثله فلا يخرج بالشك على ما مر في اول الكتاب وهذا يقتضي ان لا
يخرج وقت الاضحية عند الشك في خروجه قوله ويجوز الذبح في لياليها اي ليالي ايام النحر
ظاهره يتناول الليلة العاشرة من ذي الحجة فتوهم بجواز الذبح فيها وليس كذلك الا ان المراد
بالليالي ما فوق الواحد وهما الليلتان والمصنف نص بل في العبارة اعتمادا على ذكر اول الاوقات
التضحية يدخل بطلوع الفجر وان التضحية قبل الصلوة غير جايزة فهذا يدل على عدم جواز الذبح في الليلة
العاشرة قوله والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية فيما اذا كان المضحي او غنيا وقوله
لانها تقع واجبة او سنة وليس في حق الغني وقوله لانها تفوت بفوات وقتها والصدقة توجد
في الاوقات كلها وليس في حق الفقير على طريق اللف والنشر فان قلت ما معنى فضلية التضحية
من التصدق في حق الغني وانها واجبة عليه قلت جاز ان يسمي الواجب بل الفرض افضل كما يقال
صوم رمضان في وقته افضل من قضائه اي اكثر ثوابا منه ولا شك ان التضحية لكونها واجبة
اكثر ثوابا من التصدق لكونه تطوعا قوله تصدق بها حية وفي هذه الصورة تصدق بقيمتها يجوز
ايضا لان الواجب ههنا تصدق بعينها والتصدق بقيمتها مثل التصدق بعينها فيما هو المقصود
كذا في الذخيرة نقل الشارح قوله وجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا لا يقال قد ذكر انفا ان
الشراء للتضحية لا يمنع البيع فلو كانت التضحية واجبة بالشراء بنيتها لامتنع بيعها لانا نقول ما ذكر
اولا من ان البيع لا يمتنع بالشراء للتضحية محمول على الغني او على قول من يقول انها لا تجب
على الفقير بالشراء بنية التضحية ما لم يوجبها على نفسه فقد ذكر الزعفراني عن اصحابنا انه لا تجب لان
القربة انما تلتزم بالشروع او النذر ولم يوجد واحد منهما ثم الاصل في وجوب التضحية على الفقير بالشراء
بنيتها ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيم بن حزام او الى عروة البارقي دينارا ليشتري به

الضحية فاشترى وباعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم واخبره بذلك فقال عليه السلام بارك الله لك في صفقتك وامر بان يضحي
بالدينار ففيه دليل على جواز بيع الاضحية وعلى انها لزمته بمجرد النية حيث امر بالتصدق بالدينار
كذا في الكافي فان قلت الامر بالتصدق بالدينار لا يصلح دليلا على وجوبها بالشراء ولجواز ان
يكون ذلك باعتبار انها صارت بالشراء بنية الاضحية معينة للقربة فكره بيعها فلما باعها امر بالتصدق
بثمنها لما في بيعها من الكراهة لا لانها واجبة عليه بالشراء الا يرى انه لو باع جلد الاضحية بالدراهم يجب عليه
التصدق بها للكراهة في هذا البيع مع ان التصدق بجلدها عينها لم يكن واجبا عليه **قوله**
كالجمعة تقضى بعد فوتها ظهرا هذا انما يستقيم على قول زفر رحمة الله عليه لان الجمعة عنده هي الفريضة
اصالة والظهر كالبدل عنها واما قول علمائنا الثلثة فلا لان اصل الفرض عندهم هو الظهر الا
انه مامور باسقاطه باداء الجمعة اللهم الا ان يقال الظهر وان كان اصلا الا انه بصورته الخلف
فجاز ان يسمى قضاء نظرا الى الصورة **قوله** والصوم بعد العجز فدية هذا يشير الى ان التصدق
بالقيمة يجب خلفا عن الاضحية كالفدية وهو خلاف لما عليه ائمة الاصول فانهم صرحوا بان التصدق
بالشاة او بالقيمة لا يجب باعتبار قيامه مقام التضحية بل باعتبار احتمال قيام الاضحية مقام التصدق
في ايامها اذ التصدق هو المشروع في باب المال وقد عرف تحقيقه **قوله** فبقي مولود هو منه الى
ابي يوسف رحمة الله عليه ويدل عليه مسئلة السلم وهو ما اذا وجد المسلم اليه بعض رأس المال
دينا بعد ما افترقا فرده واستبدل به جيادا في مجلس الرد فاذا كان المردود قليلا صح وان
كان كثيرا ابطل عند ابي حنيفة رحمة الله عليه والقليل عند ابي يوسف رضي الله عنه ما دون النصف
والكثير ما فوقه وفي النصف عنه روايتان كذا في الكافي باب السلم **قوله** لقوله عليه السلام
ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضان وهذا الحديث وان كان يدل على
جواز الجذع من الضان حالة العسرة فقوله عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضان يدل
على جوازه مطلقا حالة اليسار والاعسار والمطلق يجري على اطلاقه **قوله** والمولود بين الاهلي
يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد وفيه بحث لما عرف
ان سؤر البغل كسؤر الحمار وعللوه انه من نسل الحمار فيكون بمنزلته فقد اعتبروا جانب الفحل في
حكم السؤر فليعتبر جانبه في حكم الحل وجوابه قد ذكرناه في فصل الاسآر في بعض الحواشي لبعض
الحذاق فان قيل هذا ينتقض بالبغل فان امه الرمكة وسؤرها طاهر غير مشكوك ولم يتبع الام
مع اصالتها قلنا بينهما فرق وهو انه قد وجد في الرمكة ما يقتضي نجاسة سؤرها مثل قوله تعالى
والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم
لا يترك الامتنان بالاعلى ويمتن بالادنى فانه يقتضي حرمة لحم الفرس مطلقا من غير الكرامة
فيدل على نجاسة سؤرها لكن ترك نجاسة سؤره للاجماع على ان حرمته لمعنى الكرامة فيه لكونه الة

الجهاد

الجهاد وهذا المعنى غير موجود في حق البغل فيكون البغل تبعا للام التي سؤرها طاهر فيقتضي طهارة
سؤره ووجود دليل حرمة اللحم المطلق عن معنى الكرامة يقتضي نجاسة فجمعنا بين الدليلين
في سؤره وقلنا بكونه مشكوكا احتياطا اعمالا للدليل بقدر الامكان بخلاف الشاة فانه لم يوجد فيها ما يوجب
على عدم جواز التضحية بها فافترقا والله اعلم **قوله** الا يرى ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم
ضحى عن امته على ما روينا من قبل **قوله** روى قبل بعض الحديث وهو انه عليه السلام
ضحى بكبشين املحين موجوءين ولم يرو اخر الحديث وهو انه ضحى احدهما عن نفسه والاخر عن امته
وهذه الحوالة انما تروج اذا كان قد روى قبل انه ضحى احدهما عن نفسه والاخر عن امته فكانه اكتفى
بالشهرة فان الحديث لما كان في غاية الشهرة نزلت الشهرة منزلة الذكر قلت ولما باع الجلد و
اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع الا باستهلاكه يتصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله واعترض
بانا لا نسلم ان القربة انتقلت اذ التقرب حصل بالاراقة والصدقة بعدها تطوع محض ولئن سلم
فللبدل حكم المبدل ولكن لو فتحنا هذا الباب لانفتح باب التمول وانه منهي عنه كذا في الحاشية و
ذكر في المبسوط في تعليل وجوب التصدق بالقيمة بعد مضي ايام النحر بلا تضحية انه يتقرب بشيئين اراقة
الدم والتصدق باللحم وقد عجز عن احدهما وهو الاراقة لانها لا تكون قربة الا في مكان مخصوص
وهو الحرم او زمان مخصوص وهو ايام النحر وقدر على الاخر فياتي بما قدر عليه فهذا تصريح بانه يتقرب
باللحم ايضا كما يتقرب بالاراقة غير ان الشارع لم يعتبر معنى التقرب باللحم في حق الكل فبقي معتبرا
في حق التمول بالبيع وغيره فلذا باعه بالدراهم فقد تموله وهو في حق التمول قربة فينتقل معنى القربة
الى البدل وهذا هو التحقيق في قوله لان القربة انتقلت الى بدله وتوضيحه ان الاصل في سائر العبادات
المالية هو التصدق بالمال الا ان الشرع نقل من تمليك العين او القيمة الى الاراقة ليطيب الطعام
فان الناس اضياف الله تعالى يوم العيد وما المتصدق به يصير من الاوساخ فلا يليق بالكريم ان
يضيف بالطعام الخبيث فنقل القربة عن الشاة الى الاراقة لتنتقل الخبث الى الدماء فيبقى اللحوم طيبة
فاذا كان انتقال القربة الى الاراقة بضرورة تطييب اللحم لا يظهر الانتقال الا في الاكل فبقي في حق التمول
على الاصل وهو القربة فاذا باعه ينتقل الى بدله فيتصدق به **قوله** يحصل مقصود الاخر ان يضحيها
لا عينها وكونه معجلا غير ضائر وهذا في حق الغني ظاهر لان التضحية بعين الشاة المشتراة لها
غير مستحق عليه بل هو مندوب واما في حق الفقير فيستقيم مستحبا مشكل لما ان التضحية بعين الشاة
واجب عليه الا ان يقال التضحية بعين الشاة واجب ولكن تعينها حقيقة او حكما وذلك بان اشترى
الضحية وباعها ثم اشترى مثلها او خيرا منها جاز اما التضحية بعينها حقيقة فليس بواجب عليه بل هو مندوب
اليه **قوله** ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجازت الضحية لانه ملكها بسابق الغصب وهنا
بحث لما ذكر في الكافي والشرح وغيرهما من الشروح ان الملك في المضمونات يثبت مستندا لا استناد
في حق الضامن والمضمون لا في حق غيرهما حيث قالوا في ظاهر اعتق نصف عبد مشترك بنية الكفارة

فضمن قيمة باقية شريكه ولم يجزه عن كفارته عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعللوه بان نصيب
صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة ثم اعترضوا على هذا التعليل
بان المضمونات يملك باداء الضمان مستندا الى وقت وجود السبب فكان نصيب
الساكت ملكا للمعتق زمان الاعتاق فكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه واجابوا عنه
بان الملك في المضمونات يثبت نصفه والاستناد في حق الضامن والمضمون لا في حق غيرهما و
الكفارة غيرهما فلم يجز مدا ما ذكروا ولا يخفى ان التضحية ايضا غيرهما كالكفارة فينبغي ان لا يظهر في حق الكفارة
وجوابه قدم **قوله** بخلاف ما اذا اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد
الذبح فان قلت بيع المودع ينفذ عند اداء الضمان مع انه يملكه بالتسليم والبيع سابق عليه
قلت قد ذكر الشارح ان المودع ومشتريه هو البيع الذي ينعقد بينهما بالتعاطي عند قبض المشتري
لا البيع القولي السابق على التسليم الذي هو الموجب للملك عند اداء الضمان نعم يشكل بان الذبح
لا يعرى عن مقدمات هي تعد في الوديعة كشد رجليها واضجاعها على الارض بكون منها وغير ذلك مما
من باب الحفظ والتعدي في الوديعة سبب الضمان فكان الملك سابقا على الذبح فينبغي ان يجوز عن
الضحية عند اداء الضمان اللهم الا ان يقال مقدمات الذبح ملحقة حتى لو اضجعها فاضطربت فتعيبت لا يمنع
التضحية اجزأت استحسانا لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكانه حصل به حكما فيكون
الاعتبار في وجوب الضمان للذبح لا لمقدماته **كتاب الكراهية قوله** وعند محمد رحمه الله وابي
يوسف رحمهما الله تعالى انه الى الحرام اقرب ومعنى القرب الى الحرام انه يتعلق به محذور دون استحقاق
العقوبة بحرمان الشفاعة فترك الواجب حرام يستحق العقوبة بالنار وترك السنة المؤكدة
قريب من الحرام يستحق به حرمان الشفاعة لقوله عليه السلام من ترك سنتي لم تنله شفاعتي
كذا في التلويح ولا يقال ترك الجماعة في الصلوة الخمس يوجب استحقاق العقوبة بالنار فقد سئل
ابن عباس عن رجل يقوم بالليل ويصوم بالنهار ولا يحضر الجماعة فقال في النار والجماعة سنة مؤكدة
لانا نقول جاز ان يكون الجماعة فرضا عند ابن عباس رحمه الله تعالى كما هو مذهب البعض او هو محمول
على الترك استخفافا بان لا يراه سنة **فصل** في الاكل والشرب **قوله** واللبن متولد من اللحم فاخذ
حكمه اي اخذ حكمه في الطهارة والنجاسة ان كان اللحم طاهرا فاللبن طاهر وان كان نجسا فنجس ولحم الاتان
نجس فكذا لبنه والنجس واجب الاجتناب فلا يحل شربه فعلى هذا الاثر دلبن الفرس من
حيث ان لحمه حرام ولبنه مباح على ما قيل فلم ياخذ اللبن حكم اللحم وذلك ان اللبن ياخذ اللحم في حكم
الطهارة والنجاسة لا في ساير الاحكام لجواز ان تثبت الحرمة في اللحم بدليل لا يوجد في اللبن كالتعليل
فانه علة حرمة لحم الخيل ولا توجد هذه العلة في اللبن فيبقى على الاباحة فان قلت قد مر في فصل الاسار
ان لبن الاتان نص محمد على طهارته اجيب بان فيه روايتين والمذكور هنا على احديهما **قوله** لانه ما كان من
عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة فيه اشارة الى انه لا باس بالاستعمال آنية الحديد والصفر وغير ذلك

بذهب

بذهب ولا فضة وهكذا منصوص في الطحاوي حيث قال انا من غير الذهب والفضة ليس بمكروه الاكل
والشرب منه لوجه من الوجوه للرجال المراءة كالحديد والصفر واما اشبه ذلك مما يقع الانتفاع به فان
كيف اعتبر الشافعي رحمه الله تعالى التفاخر ومنعتم ذلك وهل هذا الا تكذيب كل فريق صاحبه بان
تفاخر الفقراء منهم ثابت بهذه الاشياء ولا يتفاخر بها ملوكهم قالت فعي رحمه الله اعتبر نفس التفاخر
بغير تفاخر الكل او تفاخر الملوك والجبابرة **قوله** وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر
فيها اكبر الراي قال الشارح وهو الاصح لانه لا بد من اعتبار احد شرطي الشهادة ليكون الخبر ملزما
وقد سقط اعتبار العدالة واذا ثبت ان العدالة شرط قلنا ما كان شرطا لا يكتفى بوجوده
ظاهرا امكن قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر ثم مضى اليوم فقال العبد لم ادخل و
قال المولى دخلت فالقول قول المولى لان عدم الدخول شرط فلا يكتفى بثبوته ظاهرا لنزول العتق
ثم لفظه وفيه بحث لما سبق اليه الاشارة في الكتاب والتصريح به في الشرح في كتاب الشهادة
ان الظاهر في حق ثبوت العدالة قائم مقام الدليل القطعي لانه لا امكان للوصول الى القطع وذلك
انه لو لم يكتف بظاهر العدالة يحتاج الى تزكية المزكي وقبول قول المزكي ايضا عمل بالظاهر ان المزكي
صادق فلو لم يكتف بظاهر العدالة يجب ان لا يكتفى بظاهر عدالة المزكي ايضا وهلم جرا **قوله**
لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم اضاف
العصيان الى نفسه فدل انه لترك متابعته خاصة اذ لو كان واجبا لما اضاف عصيان تاركه
الى نفسه هذا ولكن روى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من ترك الدعوة
فقد عصى الله ورسوله وعن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من دعي
فلم يجب فقد عصى الله ورسوله وعنه ان رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم اذا دعي احدكم الى الوليمة
فليأتها وفي رواية عرسا كان او نحوه وعن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا دعي احدكم
الى طعام فليجب فان شاء ترك لهذا فالاحاديث كلها دلايل وجوب الاجابة وشرح النواوي
لا خلاف في ان اجابة الدعوة مامور بها ولكن هل هو امر ايجاب او ندب الاصح في مذهبنا انه فرض
على كل من دعي لكن يسقط بالاعذار والثاني انه فرض كفاية والثالث مندوب اليها هذا في وليمة
اما غيرها ففيها وجهان لاصحابنا احدهما انها كوليمة العرس والثاني ان الاجابة اليها مندوب و
نقل القاضي اتفاق العلماء على وجوب الاجابة في وليمة العرس وقال بعض اصحابنا الظواهر تجب
الى كل دعوة من عرس وغيره وبه قال بعض السلف **قوله** كصلوة الجنازة واجبة الاقامة فان قلت
كيف قاس السنة على الواجب لو لم تترك لعقوبته لما اقترنت به من المعصية الا يلزم ان لا يترك
السنة بسبب ما اقترنت بها من المعصية لضعفها قلنا نعم الآن ان هذه السنة في قوة الواجب
الحكم بها على وفاق ما ثبت في الواجب فيثبت الحكم بها بطريق الدلالة كذا في الشرح قلت لان
الدلالة ان يكون غير المنطوق اقوى من المنطوق او مثله والسنة وان كانت في قوة الواجب فلا

يبلغ

درجة الواجب فلا يثبت الحكم فيه بالدلالة ولا يحل
للرجال لبس الحرير وفي الغنية قال برهان الدين صاحب المحيط لبس الحرير فوق الثياب انما لا يكره عنده
ابي حنيفه رحمه الله لانه اعتبر حرمة استعمال الحرير اذا كان يتصل ببدنه صورة وابو يوسف رحمه الله
اعتبر المعنى بتعين اللبس قال رضي الله عنه هذا انقبض منه ان عند ابي حنيفه رحمه الله لا يكره لبس
الحرير اذا لم يتصل بجلده حتى لو لبس فوق قميص من غزل ونحوه لا يكره عنده قال رضي الله عنه
في هذا رخصة عظيمة في موضع عم به البلوى ولكن طلبت هذا القول عن ابي حنيفه رحمه الله عليه
في كثير من الكتب فلم اجد سوى هذا قال شمس الائمة الحلوائي ومن الناس من يقول انما يكره
اذا كان الحرير يلي الجلد وما لا فلا وعن ابن عباس انه كان عليه جبة من حرير فقيل له في ذلك
فقال اما ترى ما يلي الجلد وكان تحته ثوب من قطن ثم قال الا ان الصحيح ما ذكرنا ان الكل حرام وفي
شرح الجامع الصغير للبزدوي ومن الناس من اباح لبس الحرير والديباج للرجال ومنهم
من قال حرام للنساء ايضا وعامة الفقهاء انه يحل للنساء دون الرجال كذا في بعض الحواشي
وذكر هشام عن محمد رحمه الله عليه انه لم ير بلباس المرتفعة باسا فانه خرج عم ذات يوم وعليه
رداء قيمته اربعة الاف درهم ودخل رجل من اصحابه عليه السلام وعليه رداء من خز فقال عليه السلام
اذا انعم الله على عبد احب ان يرى اثار نعمته كذا في الذخيرة وسئل الشيخ رحمه الله اليس
روي عن عمر رضي الله عنه انه كان يلبس قميصا عليه كذا وكذا رقعة فقال انما فعل عمر رضي الله عنه
لحكمة وهو كان امير المؤمنين فلو لبس ثيابا نفيسة واتخذ لنفسه الوانا من الاطعمة فعماله وحشمه
يقتدون به في ذلك وربما لا يكون لهم حال فيأخذون من المسلمين كذا في الشرح قلت ما روي
عن عمر رضي الله عنه وغيره من الائمة انهم كانوا يلبسون الرقعات ففيه لطيفة اشار اليه الشاعر بقوله
ترى الثياب من الكتان يلمحها ♦ نور من البدر احيانا فيبليها ♦ فكيف سكران تبلي مفاخرها
والبدر في كل وقت طالع فيها ♦ وقال اخر لا تعجبوا من بلى غلالته ♦ قد زر ازراره على القمر قوله والمكفوف بالحرير لما
قوله وعنه عليه السلام كان يلبس قال لا اركب جبة مكفوفة بالحرير فان قلت روي عن عمران
ان نبي الله عليه السلام قال لا اركب الارجوان ولا البس المعصفر ولا البس القميص المكفف بالحرير
قلنا هذا منه عليه السلام بيان الافضل قوله ولان التعليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا
القليل من اللبس والاستعمال يعني ان التعليل من المستعمل لما كان معفوا فكذا القليل من الاستعمال
على وجه الاهانة كما في التصاوير على البساط والنوم عليه ليس قليلا لانه يشتمل على احد جوانبه الاربعة
كذا في الشاهان وفي الشرح فكان هذا نظير النجاسة فان قليلها عفو في زمان كثير فيكون كثيره عفوا
في زمان قليل قوله والجامع كونه نموذجا النموذج بالفتح والانموذج بالضم تعريب نموده وهو
ان يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له في الاخرة منه ويرغب في تحصيل سبب يوصله اليه كذا في الشرح
وهنا بحث لا اباحة القليل من الملبوس لمعنى النموذج يعني ان اباحة القليل من اللبس والاستعمال

المعنى

المعنى الا بان التختم بالفضة لما ابيح لمعنى النموذج اكتفي من اباحة القليل من الذهب لانهما من جنس واحد
ولا يخفى ان لذة القليل من لبس الكثير منه فينبغي ان يكتفى باباحة القليل من الملبوس كما اكتفي بالقليل
من الفضة عن القليل من الذهب فلا بد من بيان الفرق قوله الا بالخاتم وفي الجامع الصغير
يختم بالفضة ينبغي ان يجعل الفص الى باطن الكف لا الى ظاهرها بخلاف النساء ويجعله في اليد اليمنى
وقوله عليه السلام اجعلها في يمينك كان في الابتداء ثم صار ذلك من علامات اهل البغي والرواية في
هذا الباب مختلف فقد روي عن شهاب ان رسول الله عليه السلام لبس خاتم فضة في يمينه وعن ثابت
عن انس كان خاتم النبي عم في هذه واشار الى الخنصر من يده اليسرى وعن عبد الله جعفر قال كان خاتم
النبي عم يتختم في يمينه وعن ابن عمر قال كان النبي عليه السلام يتختم في يساره فظهر ان عمل النبي عليه السلام
الوجهين غير انا كرهنا التختم باليمين من حيث انه صار من علامات اهل البغي قوله اذ هما من جنس واحد
مشكل اذ لو كانا من جنس واحد لحرم بيع احدهما بالاخر متفاضلا اذ لا فرق من الزينة وفيه نهي النبي عم
عن البزلي والزينة وهي شبهة الربوا وانه جاز اتفاقا قوله وحرم اللبس حرم الالباس قلت
الباس من لا يحرم عليه اللبس جائز الا يرى ان النسوان لما لم يحرم عليهن لبس الحرير لا يحرم على
الباسهن الحرير والصبيان كالنسوان حيث لا يحرم عليهم حتى لو لبسوا لم يكن به باس فكذا الالباس
انما يحرم الباس من حرم عليه اللبس كالرجال والقياس على شرب غير صحيح لانه انما حرم سقي
لما فيه من لا قران بها وانه حرام ولهذا لم يحرم سقي الدواب اما الباس الذهب والحرير فلا باس
الباس الصبيان الذين هم كالدواب في عدم التكليف قلنا حرمة اللبس والخطاب بتركه ان لم
يثبت فالقبح الذي يثبت الحرمة والخطاب بالترك عليه ثابت في حقه حتى انه لو ترك بالنية يثاب عليه
كما يثاب العبادات وارتكاب القبيح والتسبب لارتكابه حرام على المكلفين والباس الصبيان الحرير
تسبب لارتكابه فعلا قبيحا في حقه فيكون حراما ويخاطب الذكور البالغون به بخلاف النسوان لعدم
ثبوت القبيح في حقه وكذا الدواب لعدم ثبوت القبيح في حقها وبالجملة ان كل ما حسن او قبح في حق البالغ
حسن او قبيح في حق غير البالغ فيخاطب بفعل الحسن او بترك القبيح والتقريب بعد ذلك ظاهر
كما بينا والله اعلم قوله لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما يوصي وتعقاد الرتم يحتمل ان
يكون الضمير في همت للنفس الى ان قصدت النفس هلاكته لكن تنفعنك الوصية لها وعقد الرتم
فصل في النظر والوطي والمس والفخذ عورة خلافا لاصحاب الطواهر لما روي عن عائشة انها قالت
كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مضطجعا في بيته كاشفا عن فخذيه فاستاذن ابو بكر فاذن وهو
على تلك الحالة فتحدث فاستاذن عمر فاذن له وهو كذلك فتحدث ثم استاذن عثمان فجلس رسول الله
عليه السلام وسوى ثيابه فلما خرجوا قالت عائشة دخل ابو بكر فلم تهتش له ولم تباله ثم دخل عمر فلم
تهتش له ولم تباله ثم دخل عثمان فجلست وسويت ثيابك فقال الا استحي من رجل استحي
فلو كان الفخذ من العورة لما كشفها بين يدي ابي بكر وعمر وعثمان ولنا انه عليه السلام انه قال لجرهد ازر

علت ان الفخذ عورة وقال السلام لعلي لا تبرز فخذك ولا تنظر الى فخذ حي وميت وقال عليه السلام لمعمر بامعمر غط فخذك فان الفخذ من عورة واما حديث عائشة رضي الله عنها فقد روي وفيه انه عليه السلام كان مضطجعا في بيته كاشفا عن فخذيه فخبر ولئن صح فالمراد بكشف الفخذ كشفه عما عليه من القميص لا المئزر فلما دخل عثمان بالغ في الستر ويدل عليه قوله فجلس وسوى ثيابه حيث لم يقل وغطى فخذيه والله اعلم قوله والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التابيد بنسب كان اوبسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وهما الضرورة وقلة الرغبة للحرمة المؤبدة ولكن وجود الضرورة المذكورة من دخول البعض على البعض من غير استيذان واحتشام فيما بين المحرمية بالرضاع في خبر المنع المصرح به المصنف رحمه الله في كتاب السرقة حيث قال ومن سرق من امه من الرضاع قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة ووجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تعتبر وهذا لان الرضاع فيما يشتهر فلا تبسوطة تحرزا عن موقف التهمة بهذا الغلظ فيما ذكر في وجه ظاهر الرواية من قوله لا تبسوطة تصرح بعدم الضرورة الموجبة لحل النظر اللهم الا ان يحمل قوله هنا لوجود المعنيين على ما هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله فيكون في غاية الاستقامة او يراد بالمعنيين احدهما على ما نحو ما مر في البيوع من قوله ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء اذ المراد احد الثوبين كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان و قوله عليه السلام اذا سافرنا فاذنا واقيما قوله وقوله الا لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان التمسك بهذا الحديث لاباحة الخلوة ليس بظاهر لانه يقتضي حرمتها بالاجنبية ولا يقتضي اباحتها بالمحارم كيف والتخصيص بالشيء لا يقتضي نفي ما عداه فمن مناخيل قوله وقوله عليه السلام مرفوع على الابتداء الخبر محذوف وقوله والمراد اذا لم يكن محرما حال مبادة مستجر اي قوله عليه السلام الا لا يخلون الخ ثابت حال كون المراد به كذا على نحو ضربي زيدا قائما والحملة لدفع وهم من يتوهم بامتناع الخلوة بالمحارم تمسكا بعموم قوله لا تخلوة رجل بامراة ليس منها بسبيل لا يملك عينه ولا بضعها فقال المراد اذا لم يكن محرما بقرينة الاستيفاء المذكور في قوله عم الا ومنها زوجها او ذو رحم محرم منها اذ المسافرة لا يكون بدون الخلوة قوله والمدبرة والمكاتبة وام الولد فان قلت كيف ينتظم المكاتبة وهي لنقصان الملك فيها لا يدخل تحت مطلق لفظ المملوكة حتى لو قال كل مملوك لي فهو حر لا يعتق المكاتب قلت بان المطلوح انما يعرف في النصوص وما يتعلق بها من احكام الشرع لا في مسائل الايمان احكام واخبارات وفيه نظر لان جهة انصرافه الى الكامل لا يفرق بينهما بل الاوفق ان يقال لفظة المملوكة هنا ينتظم الكل لعموم الحاجة قوله لتحقق الحاجة ظاهر في المدبرة وام الولد لاشتغالهما بخدمة المولى وضيفانه اما في حق المكاتبة فمشكل لانها لا تخدم المولى في ثياب مهنتها الا ان يقال انها ايضا يحتاج الى زيادة الخروج حيث يحتاج اليه لاداء مال الكتابة الى المولى وكسب معاشها فصارت كالمرقوقة في الاحتياج الى زيادة الخروج حيث يحتاج اليه وهو احد قولي الشافعي رحمة الله عليه لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن فان قلت فقال عم

اذاكان

اذا كان عند مكاتب احديكن وفاء فلتحتجب منه رؤية ام سلمة رضي الله عنها تغنيه اشارة الى انه اذا لم يكن عند المكاتب وفاء فالاحتجاب منه غير واجب وهذا دليل على ان الاحتجاب عن العبد غير واجب اجيب بان التعليق بالشرط لا يوجب العدم عند العدم وقد عرف في موضعه قوله لا يغرنكم سورة النور لانها في الاناث دون الذكور ويقال البوع لعموم اللفظ لا لخصوص الحادثة وقوله او ما ملكت عام يتناول الذكور والاناث وانهم خصصهم بالاماء بدليل نزول الاية فلتن وذلك خلاف مذهب علمائنا فصل في الاستبراء قوله يشتهي التقبيل يشعر بان النظر بدونها يجوز ويمكن ما ذكر في تعليل حرمة الدخول الدواعي بقوله ولاحتمال وقوعها في غير الملك يشعر بالحرمة وان كان بدون شهوة اذ النظر الى فرج غير المملوكة حرام بلا اشتراط الشهوة قوله افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهي استحداث الملك واليد قلت اما الافادة فظاهر واما الدلالة على السبب فمشكل اذ لا دلالة للفظ الحديث على هذا السبب بوجه لا يعتبر التامل قوله والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ويشكل بما لو زوج المولى مكاتبته الصغيرة فوقف على اجازتها فلو عجزت بطل النكاح لانه طرا على الحل الموقوف حل بات فكذا في الكافي في باب نكاح الرقيق فلو كانت حرمة المكاتبة كحرمة الحيض وجب ان لا يبطل النكاح الموقوف عند العجز كما لا يبطل بزوال الحيض بان تزوجت امة حائضة بغير اذن مولاها ثم طهرت قبل الاجازة لا يبطل النكاح وكذا هذا جعل المصنف الكتابة كالاعتاق والتزويج فيما اذا كانت لرجل ابنتان اختان قبلها على ما سيأتيك وذا ايضا دليل على ان الحرمة الثابتة بالكتابة ليست كالحرمة الثابتة بالحيض وذلك لان الكتابة تزيل ملك المتعة والحيض وان كان يحرم الانتفاع بها لا يزيل ملك المتعة قوله وعن محمد انها لا تحرم لانها يحتمل وقوعها في غير الملك مشكل لان احتمال وقوعها في غير الملك وان لم يثبت في المسبية باقضائها الى الوطئ الحرام موجود اذ هو محرم ايضا كما في الاعتكاف والاحرام والظهار قوله لو ظهر بها حبل لا يصح دعوة الحربي وهو مشكل لما مر في كتاب النكاح ان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب اي من زوجها لان النسب يثبت في دار الحرب كما في دارنا وما ذكر هاهنا من قوله لا يصح دعوة الحربي يشير الى ان النسب لا يثبت من الحربي حيث يعود الحاملة بدعوته الى ملكه الذي كان له بالنكاح او بملك اليمين كما يعود المشتراة بدعوة البائع الى ملكه فيتنظر ان الدواعي كانت في غير الملك اما هاهنا وان ادعى الحربي لا يعود المسبية بدعوته الى ملكه الذي كان له بالنكاح او بملك اليمين كما تعود المشتراة بدعوة البائع الى ملكه فيظهر ان الدواعي كانت في غير الملك اما هاهنا وان ادعى الحربي لا تعود المسبية بدعوته الى ملكه ولا تخرج عن ملك السابي حتى تظهر الدواعي في غير ملك المشتراة قوله واذا حاضت في اثنائه يبطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة اعلم ان التقييد بقوله في اثنائه يشعر بانها لو حاضت بعد انقضاء الشهر لا يبطل الاستبراء بالشهر ثم التشبيه بقوله كما في العدة الى الحكم فيما ادعى

وقد مر في باب العدة من كتاب الطلاق ما يدل على انها لو حاضت بعد الاشهر الثلثة ان تستانف
العدة حيث قال وان كانت ايسة فاعتدت بالشهور ثم رات الدم انتقض ما مضى
من عدتها عليها ان تستانف العدة بالحيض لان عودها يبطل الاياس وهو الصحيح فظهر انه لم يكن
خلفا لان شرطيته بالخلفية تحقق الاياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية في حق
الشيخ الفاني هذا لفظه فظهر ان الاشهر انما تقوم مقام عند تحقق الاياس بالاستدامة العجز الى
الممات فيلزم ان يبطل حكم الاستبراء بالاشهر وان حاضت بعد انقضائه لفوات شرط الخلفية وكان
الشبه بالعدة وقع على ما روي عن الصدر الشهيد انه كان يفتي بانها لو رات بعد ما حكم باياسها
يكون حيضا يفتي ببطلان الاعتداد ان كانت رات الدم قبل تمام الاعتداد ولا يفتي ببطلان
الاعتداد بالاشهر ان كانت رات الدم بعد تمام الاعتداد بالاشهر قوله ولا باس بالاحتيال
لاسقاط الاستبراء وذكر في شرح الاوراد للامام علي بن احمد الغوري رحمه الله ان اسقاط الاستبراء
مسطور في الكتب الا ان الحيلة التي ذكرت في الذخيرة اسهل الحيل وهي ان الرجل اذا
اشترى امة مكاتبها ثم فسخ الكتابة برضاها جاز للمولى الوطي ولا استبراء عليه وقيل هذه الحيلة
باطلة لان الكتابة ان كانت قبل القبض فظاهر انها لا تسقط الاستبراء لتقرر وجوبه بالاستحداث
الملك المؤكد بالقبض في حال الحل فوجاله فصار كانه قبضها ثم زوجها والكتابة ليست باقوى
من التزويج وهو بعد القبض لا يسقط الاستبراء الذي وجب عليه فكذا الكتابة وان كانت
الكتابة قبل القبض فكذلك اذ الحرمة بعارض مع بقاء الملك لا يمنع وجوب الاستبراء كما لو قبضها
وهي حائضة او محرمة والحرمة بالكتابة عارضة كما في الحيض والاحرام كما نقل المعه عن قريب فلا يمنع
الوجوب والله اعلم ثم ذكر في المبسوط ان ملك المولى يزول بالكتابة كما يزول بالتزويج الا يرى
ان الاختين هما ابنتان لرجل فقبلها بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما حتى يملك فرج
الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها او الكتابة كالاعتاق في هذا وانه دليل ظاهر على ان الكتابة
كالتزويج في ازالة ملك المولى لا كالحيض والاحرام وكما يصح الاحتيال لاسقاط الاستبراء بالكتابة
قبل القبض بالكتابة فيصح ما قال الامام الغوري والدليل عليه ايضا ان المولى لو وطي
المكاتبة يلزمه العقر ولو لم يكن الكتابة مزيلا لملك المولى بل كانت حراما مع بقاء الملك
كالحائض والمحرمة لم يلزمه العقر بوطيها لما لا يلزمه بوطي الحائض والمحرمة حيث
يلزم العقر بوطيها علم انها يزول عن ملك المولى فيصح الحيلة ممكنا بما قبل القبض ثم يقبضها الى كتابة
ثم تفسخ ولا فرق بينها وبين تزوجها قبل القبض ثم قبضها ثم طلقها الزوج ابانها ثم قد يقال
في ابطال الحيلة التي ذكرها الامام الغوري ان المكاتبة لا تحتمل القبض لانها في يد نفسها حتى لو اشترى
المكاتبة وقبضها ثم هلكت في يده لا يضمن شيئا لعدم تحقق القبض فيه بخلاف ام الولد والمدبر
فانهما يضمنان بالقيمة عندهما في البيع الفاسد فلما لم يتحقق القبض في المكاتبة حالة الكتابة

لايفيد

لا يفيد الحيلة المذكورة لانها تصير مقبوضة عند العجز وعند ذلك يصير فرجها حلالا له الا
الان يثبت ان الكتابة نفسها قبض كالتدبير والاعتاق اتفاقا والتزويج رواية عند ابي يوسف
لكنه قبض غير متمكن من الوطي فلا يجب به الاستبراء ثم اذا عجزت يحل وطيها له من غير استبراء وفي الخزانة
انه لو كاتب المبيع قبل القبض كان للبائع ان يحبس المبيع بالثمن لان الكتابة تحتمل الفسخ فردت
في حق البائع نظرا ولو نقد المشتري الثمن نفذت تلك الكتابة لانه زوال المانع هذا لفظه وهذا لا ينافي
ان يكون الكتابة قبضا لانه قبض معتبر في حق البائع لتمكنه من الحبس فاما اذا نقد الثمن وحق البائع
ينفذ الكتابة ويعتبر قبضا من حيث وجودها قوله والمشتري قبل القبض ممن لو تق به قال
الشارح ثم ان التزويج وان كان قبضها حكما ولكن ليس بقبض متمكن من الوطي والقبض المتمكن
من الوطي جزء العلة فلا بد من الملك ولا بد ان يقع الاستبراء بعدها ثم لفظه وهذا يصرح بان النكاح
قبض حكما وقد صرح المقر في المسائل المنثورة من كتاب البيوع بان التزويج ليس بقبض حيث قال
ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطيها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية
وهو الملك في الرقبة على الكمال وهذا قبض لان وطي الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله
وان لم يطاها فليس بقبض والقياس وان لم يصر قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه
الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا هذا لفظه وهو يصرح
بان التزويج ليس بقبض التسليم الا ان يحمل قول الشارح على ما روي عن ابي يوسف ان النكاح في نفسه
قبض كما هو وجه القياس ثم لا يكون مخالفا قوله والكتابة كالاعتاق في هذا اي في انه يحل
وطي الاخرى لثبوت حرمة الوطي بذلك كذا في المبسوط وهذا الجواب في الكتابة مشكل لانها بالكتابة
لا تخرج عن ملك المولى حتى لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره فكان ينبغي ان لا يحل له وطي
الاخرى ولكن قال ملك المولى يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقر بوطيها وكان وطيها حراما في
غير ملك حتى يتملك بغير عقوبة او غرامة وقد سقطت العقوبة فيجب الغرامة فيجعل زوال الملك كالحل
عنها بالكتابة كزواله بتزويجها فيحل له ان يطا الاخرى كذا في الشرح فان قلت الراهن لو وطي الجارية
المرهونة يجب العقر مع ان ملكه لا يزول عن المرهونة حتى لو رهن احدى الاختين لا يحل له الاخرى
قلت العقر انما يجب على الراهن اذا وطيها وهي بكر لانه اتلاف للجزء واتلاف المرهونة يوجب
الضمان واما اذا وطيها وهي ثيب فلا يجب على الراهن فعلم ان وجوب العقر على الراهن للاتلاف
لا للوطي ثم يشكل هذا بما ذكر المصنف انفا من قوله ويجزي بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية
او مكاتبة بان كاتبها بعد الشرى ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو
استحداث الملك واليد اذ هو مقتضى للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض فقد الحق الكتابة بالحيض في ان
الحرمة فيها بعارض فيجب ان لا يحل احدى الاختين الموطوءتين بكتابة الاخرى كما لا يحل بحيضه
الاخرى والمسئلة بخلافه قوله للبيع قوله وسائه منتفع به لانه بلوغ الاراضي ان السرقين من حيث انه نجس

ومن حيث ان ينتفع به عز وماكان غيره من وجه يهان من وجه جاز بيعه بخلاف الحر فانه يهان
من كل وجه في سعها عز من وجه فلا يجوز كونه منتفعا به لا يكفي لكونه مالا بل لا بد مع ذلك من كونه
مما لا يوجد مجانا في السكر الا يرى ان لا انتفاع به من شعر الخنزير جائز في عمل الخرز لكنه لما كان
مما يوجد مجانا ما لا وقد ربما ينتفع بالسرقين بالبغاية في الارض لا يوجد مجانا كان مالا
قوله لانه يلقى في الاراضي وفي الكافي وهما انهم يلقونه لاستكثار الريع غير منكر واحد من السلف
وقد نقل كان ابن عمر رضي الله عنه يكاري ارضه ويشترط ان لا يعرها اي لا يصلحها بالعذرة
والسرقين وقد وجد النكير عن ابن عمر رضي الله عنه وقال عليه السلام لعن الله بائع العذرة ومشتريها
قوله وقوله في المعاملات مقبول على اي وصف اي سواء كان حرا او عبدا او ذكرا او انثى صالحا
او فاسقا وتاويل قوله بعد هذا اذا كان لا يغلب على ظنه انه لم يعتمد على خلابه وان كان
فاسقا لانه يجوز ان يكون فاسق صادق القول لا يكذب كمروته كذا في الشاهان وفي الخلاصة
انه لو جل سويها اخرى لا ينبغي لمن عرفها للاول ان يشتريها فان قال صارت لي شرا او كلني بيعها
ان كان عدلا او وقع عنده انه صادق صدقه وان كان البائع عبدا ان اجر بالاذن
وهو عدل صدقه ولا عمل باكثر الراي وان اشتبه لا يشتريه هذا كلامه هو يشير الى العدالة
او وقوع الصدق في القلب بعد التحري شرط القبول خبر الواحد في المعاملات وان المراد بالثقة
في قوله وهذا اذا كان بيعه هو العدل وبه يشعر قوله وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه
انه صادق لانه عدالة المخبر لازمة للحاجة قوله لان عدالة المخبر لازمة للحاجة يشير الى ان
المراد بالثقة هو العدل لا الفاسق الذي لا يكذب لمروته وذكر في البزدوي في باب بيان الخبر ولهذا
ولاجل عدم اشتراط العدالة قلنا في الفاسق اذا اخبر رجلان فلانا وكلك بكذا فوقع في قلبه صدقه
حل له العمل به فهذه التقييدات تشير الى ان وقوع الصدق في خبر الفاسق شرط في المعاملات ولا يكتفي
بكونه ذا مروة لا يكذب الا يرى انه لا يكتفي في الشهادة في ظاهر الرواية فالظاهر ان خبر كل منهم انما
يقبل على رواية الكتاب اذا تايد باكبر الراي نعم ذكر الاصوليون ان تحكيم الراي في خبر الفاسق في المعاملات
ليس بشرط واليه اشار في البزدوي في باب بيان قسم الانقطاع وقال بعض المحققين من شارحي
البزدوي جاز ان يكون في المسئلة روايتان والى الرواية الثانية اشار الشيخ فخر الاسلام
في باب بيان الخبر قوله لان اخباره حجة في حقه دليل على قوله وكذا اذا لم يعلم ولكن اخبره
صاحبه يعني ان اخباره بذلك حجة في حق السامع للعمل بما اخبره ورجح جانب الصدق بالعدالة
او لوقوع الصدق في قلبه عملا قوله لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل فان قلت
يد الفاسق يستحيل ان يكون دليل الملك في حق العدل اجيب بان المراد بالفاسق المتوقف او الكلام
على حذف المعطوف اي لان يد الفاسق والعدل دليل الملك في حق الفاسق والعدل قلت
لان القاطع طارئ اي القاطع للزوجية هو الموت او الطلاق فالزوجية السابقة لا تنازعه لانه

النكاح
لا يدل على البقاء كذا في الشاهان وهذا يخالف ما ذكره الامام فخر الاسلام في اصوله ان حكم
الحل المؤبد الا يرى لا يصح توقيته صريحا بان يقول نكحتك الى كذا لكنه يحتمل القطع
لا يعارضه على سبيل المغايرة فيقبل المعارض له حكم التابيد فكان البقاء بدليله هذا لفظه وهو
تصريح بان الزوجية يدل على البقاء فليتأمل ولكن ذكر صدر الاسلام في اصوله ان الشرا لا يوجب
بقاء الملك وهذا منه يكون رواية في النكاح ايضا لان النكاح والشرا كلاهما من العقود الشرعية
مما ذكر في الشاهان محمول على ما اختار فخر الاسلام قوله بخلاف ما اذا كانت المنكوحة
صغيرة فاخبر الزوج انها ارضعت من اخته او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع
طار والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازعة فافترقا فان قلت لو قبل الواحد
من هذا الوجه في افساد النكاح بعد الصحة فوجه اخر فيه يقتضي ان لا يقبل وهو ان الملك الثابت
للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد كالواشترى طعاما اخبر انه ذبيحة مجوسي حيث لا يبطل هذا الخبر ملك
المشتري ولا يرجع بالثمن على البائع لان ملك الغير لا يبطل بخبر الواحد قلت نعم الا ان قيام الملك
في الحال ليس بدليل كذا في الشرح وهذا ايضا يخالف ما ذكرنا من اصول فخر الاسلام فكانه
اختار ان العقود الشرعية من البيع او النكاح غيرها لا يدل على البقاء كما هو اختيار
صدر الاسلام ولكن البعض عن الاشكال المذكور على اختيار الشيخ الامام فخر الاسلام مشكل
قوله لان العصية تقوم بعينه اشار الى ان العصية لو كانت لا تقوم بعينه بل بعد الصنعة
كالحديد فلا باس ببيعه وقد صرح به في كتاب النجاة قال انما يكره مع تعين الصلاح لانه مما يقاتل
الا ان بصنعه ولكن ذكر في باب الموادعة ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يحمل اليهم
الى ان قال وكذا الحديد لانه اصل السلاح فقد جوز بيع الحديد من اهل الفتنة بعلة ان
المعصية لا تقوم بعينه ولم يجوز بيعه من اهل الحرب بعلة ان الحديد اصل السلاح فيلحق به في حرمة
البيع منهم وفي نوع صعوبة قوله لان المعصية في شربها يشكل بما قيل من كراهة بيع السلاح
من اهل الفتنة مع ان المعصية هناك ايضا في القتال بها لا في نفسها والقتال فعل فاعل مختار
وليس من ضرورة السلاح ايضا وجوابه المنع القتال من ضرورة السلاح فانه وضع كذلك فلا يحتمل غيره
سوى ذلك فاما الخمر فربما يحصل التخليل فلا يعوض الشرب عرضا ولكن يشكل بيع الحديد من اهل
الحرب فانه لا يجوز مع انه لا يتعين للسلاح المعين للقتال لانه قد يتخذ منه السلاسل والاغلال
والات الزراعة ثم قوله ان المعصية في شربها اشارة الى ان شرب الذمي الخمر معصية اذ الكلام
في حل المسلم خمر الذمي ولكن ما وقع التصريح من ان الخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة لنا الى ان
شرب الذمي الخمر ليس بمعصية نسب ولو كان معصية لكان الخمر حراما لهم فلا يجوز بيعهم وتقريرهم
اياها وانه جائز فعلم انه مباح لهم ويدل عليه ما ذكر في الكافي في كتاب الغصب من قوله واذا اتلف
المسلم خمر الذمي يضمن قيمتها الى ان قال ولنا انه اتلف مالا متقوما في حق المتلف عليه فوجب

ان يفضى ما اتلف خلا او شاة وهذا لان الحرمة متقوم في حق اهل الذمة لانها كانت متقومة
في شريعة من قبلنا وفي صدر شرعنا والاصل ان ما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل والمزيل وهو قوله
من رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد في حقنا بدليل السياق والسباق في حق من لم يدخل
تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل ولا هو من اهل الدين وقد انقطع ساحة الشرع حيث لم يتبعوا
ورسالة المبلغ وانقطعت ولاية الالزام بالسيف او المحاجة لمكان الذمة فصار كان الخطاب
غير نازل في حقهم فبقي الحكم على ما كان بخلاف الميتة لانه لا يدين بحولها احد من اهل الاديان هذا كلامه انه
حرام عليه وقد اشار ههنا الى حرمة شرب الذمي في تعليل ابي حنيفة وصاحبيه جميعا والله اعلم بالصواب
ما يمكن ان يقال ان حل الخمر الذمي ربما يفضي الى شرب المسلم فان الفسقة من المسلمين يتبايعون الخمر من اهل
الذمة فيشربون **قوله** ولانها حرمة محرمة اي غير مملوكة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها
حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يقصل وكذا في حق البيع بل اولى ان جعلها عرضة للتملك المؤدي
الى الاهانة من عضد الشوك فاختلا الخلا وينفر الصيد فان قلت في البيع اعزاز المبيع الا ترى
ان ما حرم في البيع الفاسد من تعليل المصنف لبطلان بيع بقوله ان الشرع امر باهانتها وترك اعزازها وفي هذا
هلكه بالعقد مقصودا اعزاز له اجيب بان جعل الشيء مبيعا اعزاز من وجه واهانة من وجه في جهة
انه يملك بالبيع مقصودا اعزاز له ومن حيث ان البيع ابتذال له اهانة فلا يجوز بيع ما قصد تعظيمه
على الكمال كمكة لما فيه من معنى الاهانة من وجه ولا بيع ما قصد اهانته على الكمال كالخمر لما فيه من الاعزاز
من وجه **قوله** ولان اراضي مكة تسمى السوايب على عهد رسول الله صلعم من احتاج اليها سكنها
ومن استغنى عنها اسكن غيره ولو كانت مملوكة لا سوايب لمنع النبي عليه السلام وجب قدامهم
على ذكر انها غير مملوكة كذا في الحاشية فان قلت فما وجه قولهم لا سايبة في الاسلام قلت طالما يكون
سايبة وهذا هو المراد بقوله ولا سايبة **مسائل متفرقة** **قوله** والنقط في المصاحف
بقطه حكة دون حروف فالنقط بالفم لحكم سيما في بر سيدي يا مكن ان نقطه يقاطع جماعة وفي
انشا والنقط انشا ان حور نقط واعراب **قوله** ولا باس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيم قلت
صرح المصنف في كتاب الصلوة ان قوله ولا باس يشير الى انه لا يوجر عليه لكن لا يأثم يأثم به والتعليل
بان فيه تعظيم المسجد يشير الى انه مستحب الا ان يقال جهة التعظيم وان كان توجب ان يكون
سببا وتكن احد الجهة معارضة بجهة توجب الكراهة وهي ان الرسالة بما الذهب
من اسباب التفاخر فيه بالمسجد ثبتنا امر ابينهم وهي الاباحة **قوله** ولا باس بان يدخل
اهل الذمة المسجد الحرام قيد بالمسجد الحرام ليثبت الحكم في غيره بالطريق الاولى لانه لما لم يكن دخولهم
فيه وهو اعظم المساجد فلان لا يكون في غيره اولى **قوله** ولا باس بان يدخل اهل الذمة المسجد
الحرام هكذا ذكر في الجامع الصغير ومختصر الكرخي وفي السير الكبير انهم يمنعون
عن الدخول في المسجد الحرام قيل ما ذكر في الجامع الصغير قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله

الاول وما في السير الكبير قول محمد رحمة الله عليه اخرا انه يجد اسوي بين الحربي والذمي
فجوز للكل الدخول في ساير المساجد **قوله** للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس
فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم خص المسجد الحرام بالذكر فدل على ان النهي عن الدخول
الخاص في حقه لان انما لحصر الحاكم في الشيء او لحصر الحكم كذا في الشاهان ولا يخفى
ان التعليل بقوله انما لحصر الحكم في الشيء لا يفيد خصوصية النهي عن الدخول الى المسجد الحرام
لان قوله انما المشركون نجس انما يفيد حصر المشركين على النجاسة لا لحصر النهي عن الدخول الى المسجد
الحرام وهو ظاهر وهذا التعليل وقع في غير موقعه وانما وجه تمسك الشافعي بهذا النص هو ما
اشار اليه بقوله خص المسجد الحرام بالذكر يعني ان التنصيص بالشيء ينفي ما عداه عند الشافعي
في اسم الصفة فكان تخصيص المسجد لوصف الحرام دليلا على نفي الحكم فيما سواه من المسجد فان قلت
ان التنصيص انما يوجب نفي الحكم اذا لم يتصل الحكم التعليل ههنا قد علل بالنجاسة فيجب ان يتعدى
الى ساير المساجد اجيب بانه لا نجاسة الا في الاعتقاد وتاثير هذا النوع من النجاسة في حرمة الدخول
غير معقول فيقتصر وفيه بحث لان حصر النجاسة على اعتقادهم مذهبنا واما الشافعي فيقول بانهم نجس
ذاتا ايضا وتاثير نجاسة الذات في الدخول في المسجد ظاهر اللهم الا ان يطلب الالزام على اصلنا
قوله ولان الكافر لا يخلو عن الجنابة قلت هذا التعليل يقتضي ان يجتنب الكافر كل مسجد لان الجنب
لا يمكن من دخول مسجد الحرام وغيره والشافعي لا يمنع الكافر الا عن دخول المسجد الحرام خاصة
على ما اشير اليه في الكتاب وصرح به في المدارك الا ان يقال ترك الشافعي العمل بعموم هذا
التعليل في حق غير مسجد الحرام بالاحاديث الدالة على جواز دخول الكافر المسجد سوى
مسجد الحرام كما روي عليه السلام انزل وفد بني ثقيف في مسجده ثم ذكر في الذخيرة انهم لم يجوزوا
للمسلم الجنب الدخول في المسجد وجوزوا للكافر مع ان الكافر جنب لان منهم من لا يغتسل
ومنهم من يغتسل ولا يدري كيفيته فلا يصح له تيقن الا ان انه يؤمر بالاغتسال
اذا اسلم وقد انضم في حق الكافر الى الجنابة نجاسة الكفر فلو اولى ان يمنع عنه والفرق ان المسلم
يدين بوجوب الاغتسال بالجنابة ويعتقد كون الجنابة مانعة عن الدخول في المسجد تعالى فمنعناه معه على
على حسب اعتقاده فلذا افترقا في هذا الفظ **قوله** ولنا ان النبي انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار
ولان النبي صالح اهل مكة عام الحديبية على ترك القتال من الجانبين ثم ان اهل مكة نقضوا عهد
النبي وخافوا ان يغزوهم رسول الله عليه السلام فجاء ابو سفيان الى المدينة ليجدد ذلك
العهد فدخل المسجد وهو كافر كذا في الذخيرة **قوله** ولان الجنب في اعتقاده فلا يؤذي الى
اهانة المسجد والاية محمولة على حضور الاستيلاء والاستعلاء وطائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية
فان قلت الحديث المذكور من الاحاد فلا يعارض قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام فانه
يحكم ترتب الحرمة على النجاسة يقتضي حرمة اقترابه جميع المساجد لان تحسن كل مسجد عن النجاسة واجب اي دليل

على ان الجنب في اعتقاده لا في ذاته وما وجه ترتب النهي على الحضور طائفين عراة على نجاسة المشركين
ولا اثر في النجاسة في المنع عن الطواف عراة اذ المسلم الطاهر ايضا ممنوع قال الله تعالى خذوا زينتكم
عند كل مسجد اي خذوا ما يواري عورتكم عند كل طواف والامر بالسبب ونهي عن ضده اذا كان له
ضد واحد قوله النجس بالفتح مصدر وصفة للحل اما بحذف المضاف اي ذو النجس ادنيا وله بالصفة
وايا ما فهو محمول فيما يخبرون من النجاسة حيث لم يبق انهم بابة النجاسة يتخبون لكبار ذديا
ان النبي عم لما انزل وفد ثقيف في مسجده وضرب لهم خيمة قالت الصحابة انهم قوم نجس فقال النبي
ليس على الارض من نجاسهم شيء انما انجاسهم على انفسهم فعمه عليه السلام على ان النجاسة
في اعتقادهم لا في ذاتهم ملحق الخبر بيانا لمجمل الكتاب ولما ثبت ان المراد النجاسة في الاعتقاد تعذر
حمل قوله فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا على ظاهره اذ المحرم هو تلويث المسجد بالنجاسة
ولا تلويث في نجاسة الاعتقاد فلا بد ان يحمل على الحضور المعهود المتعارف فيما بينهم وهو الحضور
استيلاء واستعلاء وطائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية ثم تقييد الطواف بقوله عراة اتفاقي
لان طوافهم كانت كذلك وذلك انهم ممنوعون عن الطواف مطلقا لانه عبادة وهو ليس من اهلها
لنجاسة في اعتقادهم كانه قيل انهم نجس اعتقادا فلا يطوفون لان النجاسة الاعتقادية تمنع اهلية
الطواف وجاز ان يقال انهم كانوا يطوفون عراة يقولون لا نعبد ربنا في ثياب فارقنا
فيها الذنوب زعما منهم ان هذه العبادة ما لغا رق فيه الذنوب ليس بنجس فانزل الله هذه الاية
لبيان ان الطواف عراة مع نجاسة الاعتقاد والغالب نجس فمن اجتنب عن الطواف مع الثياب
التي فارق فيها الذنوب فعليه ان يجتنب عنه مع نجاسة الاعتقاد ومن اراد هذه العبادة في الشريعة
فليتطهر نفسه عن النجاسة الباطنة ولا يقرب المسجد ما دام تلك النجاسة قائمة بالطواف وان كان
مع نزع الثياب ولكن للخصم منع ظاهر على قولنا ان المحرم هو تلويث المسجد بان يقول كما ان
تلويثه بالنجاسة حراما احتراما له جاز ان يحرم دخول من هو نجس الاعتقاد فيه لا سيما في المسجد
الحرام احتراما له فالحمل على نجاسة الاعتقاد ايضا لا ينافي حمل قوله ولا يقربوا على ظاهره وقال
صاحب الكشاف وقيل المراد من الاية النهي عن دخول مكة لا عن المسجد الحرام وفي اخر الاية ما يدل عليه فانه تم
قال وان خفتم عيلة اي فقرا بسبب منع المشركين وما كان لكم في قدومهم من الارفاق والمكاسب
فسوف يغنيكم الله ولو كان النهي عن الدخول في المسجد كانوا لا يخافون العيلة لانهم كانوا يطوفون
ويخرجون فيها وروي انه لما نزلت هذه الاية قال المسلمون انهم كانوا يأتون بالبر ويبايعون
والان تنقطع المتاجر ويضيق العيش فانزل الله وان خفتم كذا في الذخيرة وللخصم ان يقول ليس
اتيانهم بمكة مع النبي ع دون بلاد كان هو زيارة البيت يقصدون بذلك زيارة البيت لا النبي ع
نفسها فلما منعوا عن الدخول في المسجد الحرام انقطع سبب اتيانهم بمكة مع النبي ع فخاف المسلمون
عيلة فانزل الله فان خفتم الاية فارادة الحقيقة في المسجد الحرام وهي احق بالارادة لا ينافي خوف العيلة

على ما ذكرنا فلا يأباه قوله وان خفتم فلا يرد ما اورد قوله لان في استخدامهم حث الناس على هذا الصنع
فيه اشارة الى ان المكروه هو استخدام المعهود وهو الدخول في الحرام لا مطلق الاستخدام لان الاستخدام
الذي لا يختص بالخصي بل يستوي فيه الخصي والفحل ليس يحث الناس على الخصي انما يكون حثا اذا عليها اذا
استخدموا بالخصيان في الحديث وهكذا ذكر في الايضاح حيث قال وانما يكره استخدام الخصي في الخدمة المعهودة
وهو الدخول في الحرم ولو كان المراد مطلق الاستخدام تعلل بوجه اخر وهو ان يقول ويكره استخدام الخصيان
منعا لهم عن هذا الصنع لان كراهة الاستخدام تقلل الرغبة في الخصي نعم لو قيل بان المكروه مطلق الاستخدام كان
له وجه وهو ما ذكرنا من منع الناس عنه وعلل الرغبة في فيه قوله لما ركبه لما فيه اي في الركوب فتح باب اي
انزاء الحمر على الخيل لان في الركوب عليه حث الناس على هذا الصنع فلما ركبه فقد رغبهم على هذا الفعل والترغيب
فيه دليل الاباحة ولو كان مكروها لما ركبه تعليلا للرغبة في هذا الصنع وقد ثبت ان البغلة التي ركب
النبي عليها جاز ان يكون مولودة بين الفرس والاتان فلا يكون دليلا على انزاء الحمر على الرمكة اذ الفعل
لا يحتمل الاطلاق والعموم وجوابه ان المراد بانزاء الحمر على الخيل التوليد بين الجنسين اعم من ان يكون
بين الحمار والرمكة وبين الفرس والاتان وجواز احدهما يدل على جواز الاخر قوله لانه ماخوذ من العقود
بالمعنى اسالك بموضع عقود عزك الذي هو بعض من عرشك او العقد الذي هو عرشك فهي اما بتعقيد
او بنيانية قوله فكان الاحتياط في الامتناع الذي يوجبه القياس المذكور وهو انه يوهم التعلق
بالمكان ترجيحا للمحرم قوله ويكره ان يكون في دعائه بحق فلان اوبحق انبيائك لانه لا حق للخلق على الخالق
وذكر في تفسير الشيخ صفي الحق والدين الشاشي لما طال حبس يوسف عليه السلام صار قد عليه الوقت
ليلة فرفع رأسه الى السماء وقال الهي انت الرب وانا العبد وانت الخالق وانا المخلوق وانت العزيز
وانا الذليل اسالك بحق ابرهيم خليلك وبحق اسماعيل ذبيحك وبحق يعقوب بن اسحق
دارنداما ابراهيم فعرفت النار عنه وكذا جعلنا بردا اواسرائيل ان تعتقني وترحمني يا ارحم
الراحمين فرمان آمد كه اى يوسف وابراهيم واسحاق ويعقوب بودن سلاما واما اسحق
فقديته بذبح عظيم واما يعقوب فقد اعطيته اثنا عشر ابنا فاخذت واحدا منهم فما ذا بكى
ويشتكي حتى ابيضت عيناه اي حق لهم علي حتى تقول بحقهم اغثني وارحمني فقال فاسالك
بمنك القديم وفضلك العميم ان تعفو لي وترحمني فرمان آمد كه الان اغفر لك واخرجك من السجن
فان قلت روى ان ادم صلوات الله عليه ان يقول في دعائه يا رب بحق محمد
حبيبك ان يغفر لي اجيب بانه منسوخ بما روينا رفضته يوسف عليه السلام
على ان المحرم اولى وكذا الاخبار لما تعارضت صرنا الى القياس وهو يقتضي ان يكره الدعاء
بحق فلان لانه لا حق للمخلوق على الخالق ليصلح للاستشفاع قوله وجه الاستحسان
انه عليه السلام قبل هدية سلمان حين كان عبدا وذكر في الذخيرة في كتاب
المكاتب اذا اهدى المكاتب هدية بالمطعوم او دعى الى الطعام لا باس به وهذا استحسان

والقياس ان لايجوز لانه تبرع وللتجار منه بد لكن جوزنا ذلك بالاثار وهو ما روي ان رسول الله
قبل هدية سلمان حال كونه مكاتبا وهدية بريرة وهي مكاتبة هذا كلامه وفيه تخصيص
بان سلمان ان كان مكاتبا واشار في الكتاب الى انه كان عبدا والله اعلم وقصة سلمان
هي ما روي ان سلمان كان من بعيد الجبل البلق فوقع عنده انه ليس على شيء حصل ينتقل
من دين الى دين طالبا للحق حتى صار لبعض اصحاب الصوامع لعلك تطلب الحنفية وقد قرب
اوانها فعليك بيثرب ومن علامات النبي المبعوث انه ياكل الهدية ولا ياكل الصدقة وبين كتفيه
خاتم النبوة فتوجه نحو المدينة فاسره بعض العرب وباعوه من اليهود وكان يعمل في نخل مولاه
حتى هاجر رسول الله الى المدينة فلما سمع بقدوم النبي اتاه بطبق فيه رطب ووضع بين يديه
فقال ما هذا فقال صدقة فقال لاصحابه كلوا ولم ياكل فقال سلمان هذه واحدة ثم اتاه من الغد
بطبق فيه رطب فقال ما هذا فقال سلمان هدية فاكل فقال سلمان هذه اخرى ثم تحول خلفه
فعرف النبي مراده فالقى الرداء عن كتفه حتى نظر سلمان الى خاتم النبوة بين كتفيه فاسلم **قوله**
ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبض الهبة له اعلم ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم
في هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في حضرة الاب وهي تحت الزوج لما بقيام الاب لانه لما كان
نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من جهة الولاية ومن جهة العول
والنفقة ومن جهة العقل والتمييز فيثبت ان عدم الاب ليس بلازم كذا في الشرح
قلت صرح المصنف في الهبة بالفرق بين الزوج وسائر من يعول من حيث ان الزوج
يملك قبض الهبة للصغيرة مع حضرة الاب كل من يعولها غيره فانهم لا يملكون مع حضرة الاب
حيث قال واذا وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها
اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملك مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من
يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد الموت او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف
هؤلاء للضرورة لا لتفويض الاب مع حضوره لا ضرورة من هذه اللفظة وصرح بان غير الزوج
ممن يعولها لا يملك قبض الهبة لاجل الصغيرة الا عند عدم الاب حقيقة بان مات حكما بان غاب
غيبة منقطعة وقد قال الشارح هناك بانه لا اختلاف في عدم تملك الام وكل من يعولها ويملك
مع حضرة الاب اي يملك الزوج قبض الهبة للصغيرة مع حضرة الاب حيث قال قوله في الصحيح
متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الاب اي يملك الزوج قبض الهبة لاجل امراته الصغيرة
مع حضرة سيما في الصحيح وكان هذا احترازا عما ذكر في الايضاح بقوله وتاويل هذه المسئلة ان قبض
الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا هكذا ذكر الحاكم في مختصره وانما قلت هذا لان في قوله
خلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد الموت او غيبته غيبة منقطعة ليس رواية لا اب
اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنه ما هذا اللفظ فالعجب منه انه صرح في كتاب الهبة لهذا وقال هنا انه قوله

ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم ثم قد ذكرنا في الهبة ضعف ما ذكرنا في الشرح فعليك
وما ذكره هنا من قياس سائر من يعول على الزوج ايضا غير مستقيم لما ذكر المصنف من ان الزوج
يملك قبض الهبة لتفويض الاب امورها اليه الا يرى انه لا يملكه قبل الزفاف فلا يفترق
الحكم بين حضرة الاب وعدمه واما الام وسائر من يعولها غيرها فانها لا يملك ذلك للضرورة
ولا ضرورة مع وجود الاب فلا يملك فظهر ان الزوج وسائر من يعولها لا يتماسان اصلا
ولعل الشارح زعم ان المراد باللقيط بقوله ذو اليد اي من كان في يده صغير يتناول فيتناول
الزوجة الصغيرة التي في يد الزوج فيستقيم دعواه ان هذا الشرط ليس بلازم لانه شرط في بعض
المواضع دون البعض لانه ليس بشرط في الزوجية الصغيرة ولكن حمل الكلام على الحقيقة ممكن فلا حاجة
الى المجاز **قوله** لان الام يملك اتلاف منافعه باستخدامه فينتقض بالموصى له بالخدمة يملك منافع
العبد بالاستخدام ولا يجوز اجارته اتلاف المنافع بالاستخدام لا يستلزم صحة اجارته وقد يجاب
بان اجارة المنافع انما يجوز ممن يملكها على سبيل اللزوم كالمستاجر اما من يملكها لا على اللزوم
كالمستعير فانه لا يجوز اجارته واما الموصى له وان كان يملكها على سبيل اللزوم واللزوم منها عارض
اذ لا رجوع فيه الا بالموصى فانه قد مات فلزم ملك المنافع بالعارض ولا معتبر بالعوارض في قواعد
الشرع فكان له حكم المستعير لا حكم المستاجر هذا الجواب ايضا لا يتم حيث يشكل بما اذا تهايا في
دار او دارين فاجر كل منهما في نوبة جاز مع انه لا يملك المنافع على سبيل اللزوم لان كلا
من الشريكين يتمكن من نقض المهايأة بطلب القسمة من القاضي **قوله** ولا كذلك الملتقط والعم اذا
لم يكن الصغير في حجره انما يندفع التناقض كذا في الحاشية وفيه نظر لما ذكر الشارح انه يجوز
للعم ان يواجر وان كان في حجره حيث قال عند قوله ولا يجوز للعم يعني وان كان في حجره
اما التناقض فقد ذكر الشارح لدفعه ثلاثة اوجه احدها ان الاجارة محمولة على الضرورة وعدم
جوازها على السعة وثانيها ان فيه روايتين وثالثها ان معنى قوله واجارة الصغار تسليمهم في
الصناعة حتى يكون من جنس ما لا بد من صغار منه **قوله** صيانة للقضاء عن الهوان قلت اذا كان في
ترك الرزق في القضاء وكان لا دوام القضاء في ان يحصل له الرزق بمقابلة لزم ان يصح اشتراط الرزق
ايضا الا يرى ان خلو النكاح عن المال لما كان اهانة للبضع المحترم جاز اشتراطه في النكاح ثم لما لم يجز
اشتراط المال في القضاء لزم ان لا يجوز اخذ المال بمقابلته ايضا لا اخذ بمقابلة العبادة لا يجوز
الجواب ان الاخذ ليس بمقابلة العمل الذي هو القضاء بل بكونه محبوسا في حقهم وذلك ليس بقضاء ليس بتام
لان الاخذ متى جاز بمقابلة الحبس صح الشرط بمقابلته ايضا **كتاب احياء الموات قوله**
لبلا يمنع الزراعة يشير الى ان الموات هو الذي خرج عن صلاحية الزراعة فيلزم ان يكون الارض
الصالحة للزراعة مواتا وان كانت بعيدة عن العمران ولا مالك لها كالاراضي الصالحة التي
في مفاوز ثم اول كلام القدوري يشير الى ان الشرط للموات هو كون الارض غير صالحة للزراعة سواء كان مملوكا

لاحد او لم يكن وسواء كانت بعيدة عن العمران او لا قوله منها عما كان منها عادة ايدل على ان البعيد
عن العمران وكونه غير مملوك او غير معلوم المالك شرطا ايضا حيث قال عما كان منها اي من الاراضي التي
خرجت عن طاقة الزراعة عادة قوله ولانه مال مباح هذا التعليل انما يستقيم على قول محمد لانه شرط
ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي فاما على قول ابي يوسف فلا ينافي انها اذا كان مملوكا في الاسلام لا يعرف
مالكه لانه ليس بمباح بل هو كاللقطة يجب ان يكون حكمها حكم اللقطة لكن من احياها باذن الامام
ملكه بالنص قوله يحتمل ان يكون اذنا لقوم لما يجب لشرع ولما كان يحتمل الاذن حملنا عليه
بدليل قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه ولهما ان قوله هذا عام لا يمكن اجراؤه
على العموم اخص الخصوص وكثيرا ما يكون الشيء للمرء ولا يطيب فيه طيب امامه كتملكه بالارث والهبة
والشراء والعبد فيحمل على اخص الخصوص وبعد الملام مرادا اجماعا فسقط ارادة غيره وجوابه ان الحديث
محمول على مال الحاجة الذي يجب تصرف الامام ولكن الكلام في ان الموات من الاموال المباحة كالصيد
والحشيش او من الغنائم فوقع عنده انه مغتنم ووقع عندهما انه مباح فيكون تمسكه بالحديث
بناء على انه اثبت بالدليل ان الموات مغتنم لا مباح قوله يجب فيه العشر لان ابتداء توظيف
الخراج على المسلم فيه اشارة الى ان العشر انما يجب اذا كان المحيي هو المسلم اما لو احياها ذمي
يستحق ان يجب فيه الخراج قوله لان ما دون ثلاث من الساعات والايام والشهور ولا يفي بذلك عليه
ظاهر لجواز ان يكون بين دار والارض الموات مسافة يسيرة يمكن قطعها فيما دونه وجاز ان تكون
الامور بان يسير فالقول انه لا ينبغي بعد الا ثلث سنين يحتاج مزيد تامل قوله لان في الاراضي
رخوة يقال فرس رخوة اي سهلة يعني في الاراضي ارض رخوة معنى ان يكون الارض رخوة
فيتحول الماء الى ما حفر دونها فيتضرر به صاحب البئر قوله فيتحول الماء الى ما حفر دونها اي عندها
او دون الاربعين وقد يقال لو كان التحول والاتساع فيما دون اربعين ذراعا يوجب تقدير
الماء الجاري حكما باربعين فيما ربعين لا بعشر في العشر قوله ولهما ما روينا من غير فصل وهو قوله عليه السلام
من حفر بئرا فله ما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته فان قيل ان قيد في الحديث ما بعطن
فكيف يكون من غير فصل اجيب بان قوله عطنا متعلق بقوله اربعون ذراعا اي له هذا
المقدار ليكون عطنا فيكون التقدير المذكور مطلقا وليس متعلق بقوله حتى يقيد الحديث بالعطن
يعرف بالتامل وقد اجيب في الشرح بالتقييد بالعطن اتفاقي قيد باعتبار الغالب
قوله والعام المتفق على قبوله وهو قوله من حفر بئرا فله ما حولها اربعون ذراعا قوله لانه عام
بل هو خاص في بئر حفر للعطن حيث قال في قوله عطنا لماشيته قلت بانه انما يصير خاصا اذا كان
قوله عطنا متعلق بعطن على حفر لاجل العطن وليس كذلك بل هو متعلق بقوله فله اربعون اي جعل
له اربعون ليكون عطنا لماشيته فكان عاما قوله اولى عندنا من الخاص المختلف في قبوله قوله قدمه
في خمس من الابل شاة مطلقا عن قيد السبوم متفق على قبوله ثم انه قيد عموما بالخاص المختلف

على قوله

على قوله وهو قوله عليه السلام ليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة فان ما العامل دون ليس
به حيث اوجب الزكوة في غير السائمة ايضا وجوابه قد مر في كتاب الزكوة قوله والذراع هو المكسرة
اي قبضات وكان ذراع الملك سبع قبضات قوله وقد بيناه اي بينا في كتاب
الطهارة بل قال بعضهم قدروا بالمساحة عشرا في عشر بذراع الكرباس توسعة تقدير
الذراع في الكتاب السلام وفي بعضهم ذراع الكرباس سبع قبضات باصبع قائمة في المرة السابقة
وقالوا انه اقصر من ذراع المساحة باصبع وعن هذا ذكر الشارح ان قوله وقد بيناه
معناه وبينا الوجه في ان الخلاف يعتبر من كل جانب لانه لم يذكر بيان الذراع المكسر بما تقدم
ولكن لم يبان فيما سبق ما يصلح دليلا على ان المعتبر هو خمسمائة ذراع من كل جانب وكذا بابه قوله من قبل
بعده وذكر بعد قوله والذراع هي المكسرة ولو كان المقصود ما ذكر الشارح اولى عند قوله
من كل جانب قال ظاهر انه اراد البيان في غير هذا البيان الكتاب ومثله وقع الحد في غير موضع قوله
ان يصلح اي يصلح حيلة الذي افتى للحاكم الشافي بحسب المسائل الثانية بحسب بعض للاصلاح فصول
في مسائل الشرب فصل في المياه قوله كالانتفاع بالشمس والقمر والبر اي للطاء والمراد بالانتفاع
المشترك بينهما في الهواء وهو انتفاع البحر وسعله في الجسم فان الكلام هذا الانتفاع بالهواء متوارث
قد يكون متعلق به حق البر كالحائط يكون لاحد ولغيره قد يكون حق وضع الجذوع وهذا لان الانتفاع
بالهواء متوارث بلا استطاع باي احد من غير نكير قوله على الاطلاق اي اخر ولم يخص والضرر التعة
هو انقطاع الماء بكثرة الوارد بين خلاف الانهار المملوكة فان لمالكها ان يمنع من السقية عند خوف
انقطاع الماء قوله ان كان ان الكري لا يضر بالعامة ولا يكون النهر اي النهر العظيم مثل جيحون
في ملك احد لانها مباحة في الاصل لانها مغمورة بالماء وخارج بمنع قهر غيره فلا يكون في احد
وفي الحاشية اي النهر الذي كرى وانه مشكل حيث لا يترتب عليه التعليل بقوله لانها مباحة
في الاصل لان النهر الذي كرى جاز ان يكون مملوكا لاحد بان وقع الكري في ملك الخاص لان المراد
بالكري كري ما تركه النهر العظيم مع احتمال عوده اليه فانهم اذا ذكروا الموضع الذي تركه البحر
لا يكون النهر النهر الذي كري غيره قوله يعقبه شبهة الشركة فان قلت ينبغي ان لا يقطع السارق
نظرا الى قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا اجيب بعد تسليم ان الاية تدل على
اباحة جميع الاشياء لكل واحد بان المعتبر من الشبهة التي يمكن الاحتراز عنها في الجملة اما التي
لا يمكن الاحتراز عنها فغير معتبرة والشبهة التي جازت حكم هي النص مما لا يمكن الاحتراز عنه واعتبارها
الى سد باب القطع وانه مفتوح مع عوى الانهار قوله ولا يجبر حق الشفة اي
لا يجبر الا في حق الشفة حق العام كما اذا امتنعوا عن الكري جميعا فانهم لا يجبرون على الكري
لحق الشفة فكذا اذا امتنع منهم في الحاشية اي اهل الشفة لا يجبرون على الكري وفيه ضعف
لان مسئلة اهل الشفة تاتي في اواخر الفصل حيث قال وليس على اهل الشفة شيء من الكري

لانهم يخصون ولانهم اتباع هذا اللفظ في دعوى الاختلاف والتعرف فيه

قوله فان كان لا على منهم لايشرب اى لايمكنه لايسقي ارضه بتمامه الا بالسد بعوية قوله ولكن يشرب بحصته يسقى بمقدار مايجري من الماء الى ارضه بلا سد سواء وصل الماء الى ارضه كلها او بعضها و ذلك انه لو لم يمكنه السقي اصلا الا بالسد ثم ترتب عليه قوله ولكنه يشرب بحصته ويمكن ان يراد بقوله لايشرب لا يحل بسقي الارض الا بالسد او يقال لايشرب باخراج الوهة بغير حله اخرى قوله ولكنه يشرب حصته اى بطريق يمكن بالدالية ونحوه قوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع به لان الورثة يقومون مقام الوارث في املاكه وحقوقه وقد يملك بالارث مالايملك بغيره كالقصاص والدين والخمر والوصية اخت الميراث كذا في الكافي وفيه نظر لان الدين قد يملك بالهبة ممن عليه الدين والخمر يملك بالشرى الا يرى انه لو وكل مسلم نصرانيا بشرى خمر وخنزير جاز عندابي حنيفة رحمه الله عليه ويملكه الموكل قوله ان الدين لايملك بالهبة ممن عليه بل يسقط والظاهر ان كان يملك في صورة التوكيل فموكله يملك خلافة عن الوكيل فكان في معنى الارث فلا ينقض وجوابه ولايصح بدل الصلح عن القصور لانه لايملك شيء من القعود ومالايملكه بشيء من القعود فالصلح عليه باطل وهو اجنبي الحق على دعواه كذا في الكافي قوله لان عفو القصاص يصلح بدل الصلح وانه لايملك بشيء من العقود ذكر ان ارح في كتاب الصلح نقلا عن المبسوط انه لو صالح على ان عفى هذا الدم على ان عفى الاخر عن القصاص له قبل رجل اخر جاز ثم قال في الفرق بين الصلح والنكاح من حيث ان القصاص يصلح بدل الصلح على نحو ماذكر ولايصلح ليسمى في النكاح ان كل واحد منهما في الصلح اسقط حقه عماله من العقود وكل منهما متقوم صالح للاعتياض عنه حتى صالح المال عوضا عن القصاص فيجوز ان يجعل احدهما عوضا عن الاخر لكونه متقوما بخلاف النكاح لان الشرط في الصداق لايكون مالا والقصاص ليس بمال والصلح ليس بمال والشرط في الصلح ان يكون مايستحق بالصلح متقوما وذلك بوجود في القصاص الى هنا لفظه فظهر ان مالايملك بشيء من العقود فلا يصلح بدل الصلح فلا يستقيم التعميم بقوله ان مالايكون يملك بشيء من القعود فالصلح عليه باطل وجوابه ان مايملك بشيء من العقود فالصلح عليه انما يبطل اذا كان الصلح معاوضة وتمليكا واما اذا كان اسقاطا فلا لاشتراط لان يكون بدل الصلح مما يملك بشيء من العقود كتاب الاشربة في ذكر الاشربة بعد الشرب مراعاة لصفة الاشتقاق وهي الجمع بين اللفظين بجمعهما الاشتقاق اوشبهه قوله يسمى ان هذا الكتاب به اى بكتاب الاشربة لما فيه من بيان حكمها هذا معلوم بالبداهة لايحتاج الى بيانه ولهذا لم يذكر مثله في شيء من الكتب السابقة الا بنيه ولايوجه تخصيصه لهذا الكتاب وجه فكان تعرض الشرح وجوب الاهتمام والاعتناء ببيان احكام الاشربة بحسب لا يتركه منه ما هو ظاهر معلوم

وذكر في المبسوط صالح على عفو الدم على ان عفى الاخر عن القصاص له قبل رجل اخر جاز ولايصح ذكر تسميته في النكاح

بالبداهة

بالبداهة فكيف يحتاج ما هو الى البيان قوله الاشربة المحرمة التي حرم عينهما قليلها وكثيرها قوله اى الخمر ذكر الضمير وان كان الخمر مونثا سماعيا بتاويل الشراب المحرم قوله عصير العنب وهو مايخرج من مائه بعد العصر وفيه احتراز عما يسد فيه العنب ليخرج حلاوته والعنب هو الرطب من ثمر الكرمة ويجب ان يقيد بشيء لان الخمر يجب ان يكون نيا لان المطبوخ ليس بخمر وان غلا واشتد وقذف بالزبد قوله احدها بيان ماسا وهي التي من ماء العنب لايخفى ان هذا بيان لما وضع له لفظ الخمر وتعين مسماه لغة كما يقال العضنفر الاسد وليس ذلك بيان الماهيته اذ الماهيته عبارة عن الجنس والفصل وهذا الذي ذكر لايتضمن بيانهما فلا يكون بيانا للماهية بل تعيينا وبيانا لما وضع له لفظ الخمر يدل عليه وهو المعروف عند اهل اللغة فانهم انما يعرفون المفهومات والمسميات دون الماهيات فكانه سماه ماهيته اعتبارا بشرح الماهية لان قوله التي من ماء العنب كالجنس يتناول الخمر وغيره وفصل قوله اذا صار كالفصل من حيث انه يخرج ماسوى الخمر قوله وهو التي الا اعادة التعريف ولم يكتف بما ذكر في الكتاب ولم يحل اليه اما ليتنبه بان المراد من العصير التي منه دون المطلق الشامل للمطبوخ والتي واما البذل التعريف اشتمل لنوعي الخمر اعني الكامل والقاصر نوعي لايتناول الا الافراد الكاملة منه المعتبر في الاحكام على مايجيء تحقيقه قوله ولانه مشتق من مخامرة العقل لايخفى انه لوكان مشتقا من المخامرة لان مخامرة العقل معتبر اضافة الى العقل وهل هذا الامثل ان يقال ضرب مشتق من ضرب الرجل بكانه اراد ان مخامرة العقل صفة لازمة للخمر غير منفكة عنه كانه مشتق فيه كما قيل خلق الانسان من عجل لما كانت العجلة صفة لازمة للانسان حصل كانه خلق منه وحاصله ان مخامرة العقل من الصفات اللازمة للخمر تسمى بهذا الاسم بملازمة هذه الصفة اياه فيكون كل مسكر خمرا لوجود هذه الصفة فيها قوله ولنا انه اسم خاص باطلاق اهل اللغة فما ذكرناه فان قلت اختصاص الاسم بالشيء لغة لاينافي ان يكون منقولا في الشرع الى ما هو اعم وقد نقله النبي عليه السلام الى الاعم حيث قال كل مسكر خمر قلت قوله عليه السلام كل مسكر خمر يحتمل بيان الحكم ويحتمل بيان الحقيقة الشرعية فلا يثبت النقل من اللغة الى المعنى الشرعي بالاحتمال ثم لما احتمل واحتمل حمل على القدر المتيقن وهو بيان الحكم لان في بيان الحقيقة الشرعية ايضا بيان الحكم وايضا الاخبار قد اختلفت فقد روي كل مسكر خمر وروي الخمر من هاتين الشجرتين وروي الخمر من خمسة فتعذر ان يجعل احدى هذه المعاني الثلثة حقيقة شرعية فتساقط الكل ربع المعنى اللغوي هو المعتبر عليها روي من قوله عليه السلام حرمت الخمر بعينها والسكر من كل شراب اشارة الى ان الخمر ليست باسم مسكر وذلك ظاهر قوله ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره قلت اشتهر اسم السارق في غير العياض والطرار وفيما اشتهر غيره وهو اسم العياض والطرار مع ان السارق حقيقة في الكل قوله ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية وفيه بحث لان كون الحرمة قطعية ليس من لوازم

للخمرية حتى يلزم بالقول بكونه خمرا قطعية حرمته بل هو باعتبار قطعية الدليل المحرم وتناوله الدليل
القطعي وانما اختلف في كونه خمرا لم يتناوله الدليل القطعي وهو قوله حرمت عليكم الخمر قطعا
لان الاختلاف المعتبر يورث الشبهة فلا يثبت الحرمة فيه تعينا بالقرون وبالجملة
ان المستلزم قطعية الحرمة انما هو تناول الاية القطعية قطعا او كونه خمرا قطعا ولا ملازمة بين
الخمرية المطلقة وقطعية الحرمة حتى يلزم من انتفاء قطعية الحرمة انتفاء الخمرية الا يرى ان اسم
الخمر يثبت بالاشتداء قبل القذف بالزبد عند ابي يوسف ومحمد مع ان الحرمة حينئذ
ليست بقطعية لانها مجتهد فيها لان ابا حنيفة لا يقول بها الا بعد القذف بالزبد وكذا سائر
الاشربة عندنا في يثبت له اسم الخمر مع كون الحرمة ظنية قوله وانما سمي خمرا لتخمره
لا لمخامرة العقل وقد يقال هذا معارضة في علة الاصل وهي باطلة الا ان يقال انه من باب
الممانعة دون المعارضة اذ المعارضة هي البناء عليه مبتداء من غيره يعرض لعلة
للخصم وقد يعرض هذا بالمنع وايضا التعليل بالتخمر تعليل قاصرة وهو باطل عندنا وايضا التعليل
في الاحكام جائز وايضا لا في الاسماء اللغوية على ما يحكى في الكشف الا ان يجعل كل ذلك بناء على زعم
الخصم فانه جوز التعليل بالقاصرة لتعدية الاسم ايضا وقد يقال التعليل بالقاصرة انما جوزه في الاحكام
الشرعية واما في الاسماء فلا منع منه في التعليل في الاسماء اللغوية انما لا يجوز بالتعدية الى الشيء
الاخر واما التعليل لبيان وجه التسمية فلا منع من ذلك وايضا التعليل بالصدد يناسب
التعليل بالمخامرة دون التخمر وقد يجاب بان قوله ويتقدم بيان لنكتة التحريم وعلته
وجاز ان يكون التحريم لعلة الصد وتسميته خمرا للتخمر وذكرها هو وايضا التعليل
بالتخمر لا يمنع قياس سائر المسكرات على الشيء المذكور اما اذا كان التخمر بمعنى التستر
مطاوع التخمير بمعنى التغطية وهي الستر فلو وجه اي ستر فظاهر لان الخمر
انما سمي به لتستر العقل بشربها فكان التعليل بالخمر مثل التعليل
بالمخامرة وكذا اذا كان بمعنى تغير الرائحة كالاختمار كما قال ابن الاعرابي سميت الخمر خمرا
لانها تركت فاختمرت اي تغيرت رائحتها وكل نبيذ مسكر يتغير رائحته فلا يوجب
اختصاص الاسم ايضا وكذا اذا كان بمعنى الشدة لوجودها في كل شراب مسكر واما اذا كان
التخمر بمعنى صيرورته خمرا فظاهر الفساد لان التخمر لهذا المعنى فرع الخمر فاستحال ان يكون اسم الخمر فرعه
لا يقال كمال الشدة مختصة بالخمر لان كمال المخامرة مختص بها فلا يفيد العدول عن التعليل
بالمخامرة الى التعليل بالتخمر قوله وعندهما الخ فان قلت الخمر اسم لغوي سلوى اهل اللغة وهم
ان كانوا يسمون التي المسكر بنفس الاستداد خمرا وان لم يقذف بالزبد وسكونه عن الغليان فلا وجه
بالقولان وان ما فلا وجه لهذا الاختلاف اجيب بان الخمرية وان ثبت بالاشتداد ولكن النزاع في ان
الخمر متواطي لا يتفاوت افراده كمالا ونقصانا ام مشكك بعض افراده كامل ينصرف مطلق اللفظ اليه

وبعض قاصر لا ينصرف مطلقه اليه ولا يثبت الحكم فيه الا بالنية فوقع عنده انه مشكل فلا ينصرف
لفظ الخمر الواقع في اية التحريم الا الى فرده الكامل هو الني مسكر الذي قذف بالزبد ولا يثبت الا فيه
ويبقى فرده الناقص على الاباحة الاصلية ووقع عندهما انه متواطي فيقع على القاذف
بالزبد وغيره على السواء ونظيره اللحم فانه ينصرف عند الاطلاق الى الوحوش ولا يتناول لحم السمك الا
عند النية فعلى هذا التحقيق التوقيف المذكور في الكتاب من قوله عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف
بالزبد توقيف لما هو المحرم المراد بآية التحريم لا لمطلق الخمر قوله لان الاسم يثبت به اتفاقا
وكان تمسكا بالاجماع فانه قال ولا يشترط لثبوت هذا الاسم التي قذف بالزبد لان الاسم
يثبت بمجرد الاستداد بالاجماع وبه يسقط ما يتوهم ان هذا التعليل بعين المدعى فتامل قوله وكذا
المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد وهو الصد عن ذكر الله وايقاع العداوة والبغضاء وذهاب
العقل الذي يحصل بالاستداد ولا يتوقف ذلك على القذف بالزبد فان قلت احالة الحرمة الى هذه المعاني
يشير الى ان حرمة الخمر لهذه المعاني لا لعينها وسيأتي انه الخمر حرام بعينها اجيب بان المعنى المحرمة
العين انه يكون قليلها حراما والمعاني المؤثر في الحرمة موجودة تقديرا فيكون قليلها وكثيرها
حراما دونه قدر السكر منه كما في المثلث العيني قوله وسكونه اشارة الى ان السكون ايضا شرط
فيجب ان يوجد في حد الخمر السكون بان يقال عصير الخمر اذا غلا واشتد وقذف وسكن من الغليان
فكانه اراد قذف كل الزبد واذا قذف بكل الزبد يسكن لا محالة فاكتفى بذكر القذف بالزبد عن ذكر
السكون قوله واحكام الشرع قطعية فيناط بالنهاية بالحد واكفار المستحل ويقال احكام الخمر
قطعا انما يناط بما هو خمر تعينا والخمر اليقيني بما وضع له اللفظ في تفهم ولا شبهة في ثبوت اسم
الخمر ثم بمجرد الاستداد وحيث يثبت للني المسكر اسم الخمر بالاجماع فلا يؤدي الى تعلق
حكم بالخمر تعينا بما ليس بخمر تعينا وبالجملة ان كون احكام الخمر قطعية تستدعي قطعية الخمر لا كونه
فردا كاملا من الخمر والغاية قبل القذف هو كونه فردا كاملا لا قطعية الخمر على ما حققناه
ان اسم الخمر يثبت بمجرد الاستداد غير انهم اختلفوا في ان افراده مختلفة كمالا ونقصانا والاولى
من قبل ابي حنيفة بان الكمال لما كان موقوفا على القذف بالزبد كان الخمر مشككا فينصرف لفظه
الا يعقل في اية التحريم الى الكامل منه فلا يتعلق الحرمة والحد واكفار المستحل الا بما ينصرف اليه مطلق
لفظه وهو القاذف بالزبد قوله وحرمة البيع قلت الحدود والكفر لمستحلها انما يصح تعليقها
بما هو كامل في الخمرية لوجوب درء الحدود والكف عن التكفير بالشبهة فاما حرمة شربها مما يجتمع مع الشبهة
لوجوب الاحتياط فيها الا ان يراد بحرمة البيع ثبوت حرمتها يقينا ونفس الحرمة ان كانت
يصح تعليقها بما فيه شبهة فكونها يقينية يستدعي الكمال القاطع للشبهة المنافية
لليقينية والله اعلم قوله ولان قليله يدعو الى كثيره لرقته ولطافته كذا في الحاشية وهذا من خواص
الخمر اي دعوة القليل الى الكثير من خواص الخمر وقد يشكل بان دعوة القليل الى الكثير

لمعنى الرقة واللطافة على ما صرح به في الحاشية وهذا المعنى لا يختص بالخمر لوجوده في النارق والمصنف
على ما يجيء مصرحا في الكتاب فكيف يختص دعوى القليل الى الكثير بالخمر اللهم الا ان يراد
الاختصاص بالنسبة باعتبار ان قليله يدعو الى كثيره لا ارتفعت للحرمة اذا طبخ الخمر حتى ذهب
ثلثاه حيث يصير غليظا لا يدعو قليله الى كثيره قوله ثم هو غير معلول اي تسمية خمرا وكونه حقيقة
في التي المذكور غير معلول بعلة المخامرة لانه خلاف النسبة المعهودة وهو قوله عليه السلام
حرمة الخمر لعينها والسكر من كل شراب ففيه دليل على المغايرة بين الخمر وساير الاشربة من حيث
التسمية كما لا يخفى ذلك على من هو ادنى تميز في معرفة اساليب الكلام ولانه لو كان كل مسكر خمرا
كان المعنى حرمة الخمر لعينها والسكر من كل خمر وهذا مما لا معنى له ولانه لو كان كل مسكر خمرا كان
حقيقة لكان عينها حراما والنبي عليه السلام حرم سكرها لا عينها لا اسم للحرمة
الى حرمة العين وحرمة السكر فجعل الاولى للخمر والثانية لساير المسكرات والقسمة تقطع الشركة
ولهذا سقط ما يقال ان قوله تعالى ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلوة دليل واضح على انه معلول
بعلة الصد عن ذكر الله فكان معنى لقوله ثم هو غير معلول ووجه السقوط انه لم يرد بقوله غير معلول
انه غير معلول حرمة بعلة الصد ونحوه حتى يخالف اثبات النص بل اراد ان تسمية خمرا وكونه
حقيقة في التي المذكورة غير معلول بعلة مشتركة بين جميع المسكرات حتى تكون ساير المسكرات
خمرا حقيقة بدليل بعد هذا وتعليل لتعدية الاسم فلا مخالفة لان النص يدل على ان حرمته معلول
بعلة الصد والمعنى هو تعليل الاسم قوله لثبوتها بالدلائل القطعية ولو لم يثبت بدليل ظني
غير معارض بدليل يوجب الطهارة لكانت مغلظة فكيف وقد ثبت بالدلائل القطعية
قوله ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها ولكن هذا
بالسرقين فانها متقوم مع انه نجس العين فكأنه لما نجسها وحرم الانتفاع بها فقد اهانها بالكلية
والبيع اعزاز من وجه فلا يجوز بخلاف السرقين فانه وان كان نجسا الا انه جائز الانتفاع شرعا فكان
مهانا من وجه عزيزا من وجه انما يثبت اذا ثبتت النجاسة تعينا بدليل قطعي كنجاسة الخمر
ونجاسة السرقين والثلاثة الاخيرة من الاشربة ظنية فلا يوجب الهوان المطلق المسقط للتقوم
فيجوز بيعها قوله لان الانتفاع بالنجس حرام لانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب
وهذا يشكل بالروث والعذرة المختلط وكذا الدهن النجس فانه يجوز الانتفاع بها مع نجاستها
الا ان يقال جواز الانتفاع بها في غير البدن اذا كانت النجاسة معلومة والاعتبار للغالب ويقال
هذا جواب القياس ولكن استحسنا في السرقين لحاجة الناس الى
القائها في الاراضي والتطيين بها وجعلها وقودا فجوز الانتفاع للضرورة كما هو الخرز
بشعر الخنزير قوله وهي قول بعض المعتزلة لعنهم الله تعالى اللعن
على نوعين احدهما الطرد من رحمة الله وذلك لا يكون الا للكافر والثانية الابعاد عن درجة الابرار

الابرار ومقام الصالحين وهو مراد هنا لقوله عليه السلام لا تكونوا اهل قبلتكم قوله واما نقيع
التمر وهو السكر فهو التي من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وانما فسر التمر بالرطب هنا لان
ان الشراب المتخذ اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
على ما يجيء في قوله وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اي وهذا السكر حرام كذا في النهاية قلت
نعم حلال عندهما ولكن بشرط الطبخ والمذكور هنا التي اي غير المطبوخ وجاز ان يكون التي من غير
نبيذ التمر حراما وبعد الطبخ حلالا حيث يذهب الرقة ويصير غليظا لا يدعو قليله الى كثيره
وفي اثناء هذا وفائدة تغيير التمر بالرطب انه في نقيع اليابس ينبغي ان يكون خلاف الاوزاعي
كما في المطبوخ قليلا لانه يظهر العيب والجامع انه في الاول ذهب البعض بالنار وفي الثاني بالشمس
والثاني انه ذكر خلاف الاوزاعي في الشمس ولانه ذهب بعضه بالشمس وهذا المعنى ثابت في التمر ولما
لم يذكر فيه خلاف الاوزاعي علم انه اراد بالتمر الرطب لانه يخالفنا في الرطب انما يخالفنا في اليابس
من التمر هذا كلامه قلت قوله ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي يمكن صرفه الى القسمين الاخيرين جميعا
فيكون خلاف الاوزاعي مذكورا فيهما ولا يكون ذكر خلافه متروكا في القسم الثالث حتى يدل على
ان المراد بالتمر في القسم الثالث الرطب ولو سلم انه منصرف الى القسم الاخير خاصة فلا يخفى ان
الحكم بتاتي خلاف الاوزاعي في القسم الاخير من المصنف لا من صاحب القدوري والحاجة هنا
الى نكتة تغيير التمر بالرطب انما هي من كلام القدوري واستحال ان يكون الحكم من المصنف بتاتي
خلاف الاوزاعي في القسم الاخير دون القسم الثالث دليلا على ان القدوري اراد بالتمر الرطب
والاولى ان المراد بالتمر في القسم الثالث على الذي ذكره القدوري الرطب لاني حكمت بما في
خلاف الاوزاعي في القسم الاخير ولو كان التمر في القسم الثالث على الحقيقة لحكمت بجريان خلافه
في القسم الثالث ايضا وحيث لم احكم بجريان خلافه في القسمين لانهما من واحد واحد وما وقع
غير خاف على من له ادنى بصيرة قوله حرام مكروه انما قال مكروه ليشعر على انه حرام بدليل ظني
وان حرمته دون حرمة الخمر اذ حرمة الخمر لا يجوز ان تسمى كراهة ولا يجوز ان يسمى الخمر مكروها لثبوت
حرمتها بدليل قطعي فكأنه قال حرام يجوز ان يسمى مكروها اي بعد اجماع من ان يكون رطبا
او يابسا قوله حقيقة في رواية لتعارض النصين فيه وهو قوله تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا
وقول النبي عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين وكذا اختلفت فيه اهل … قوله ولا باس
بالخليطين لما روي عن ابن زياد رضي الله عنه سقاني ابن عمر رضي الله عنه ما كدت اهتدي الى منزلي
فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان
مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب
والرطب والتمر محمول على حال الشدة وكان ذلك في الابتداء بدليل حديث عائشة رضي الله عنها كنت
انبذ لرسول الله عليه السلام … فالقيت فيه زبيبا قوله لقوله عليه السلام الخمر من هاتين

الشجرتين وان راى الكرمة والنخلة حصر التحريم فيهما قلت قوله عليه السلام الخمر من خمسة اشياء وذكر
العنب والتمر والحنطة والشعير والعسل وفي رواية نعمان بن حبيب قال قال رسول
الله صلعم ان من الحنطة خمرا ومن الشعير خمرا ومن التمر خمرا ومن الزبيب ومن العسل خمرا كل
ذلك ينفي اختصاص التحريم بالكرمة والنخلة وبه ثبت ان المراد بقوله الخمر من هاتين الشجرتين
ان معظم ما يتخذ منه الخمر هاتان الشجرتان قوله او لاحترامه مشكل اذا حرمته تقتضي ان تحرم
الانتفاع بجميع اجزائه الا يرى ان الادمي لما كان محترما حرم شرب لبنه ايضا فكذا الرمكة لما كانت
محترمة لكونها آلة الجهاد وجب ان تحرم لبنها لانه من اجزائه قوله ولنا قوله عليه السلام حرمت
الخمر بعينها والسكر من كل شراب قلت هذا الحديث قد حقق منه الاشربة الثلثة الا في اني
هي من الاربعة المحرمة كما مر ذكره والمخصوص هو ما روي عنه عليه السلام انه قال الخمر من هاتين الشجرتين
اي ما يتخذ من هاتين الشجرتين من الاشربة فلم حكم الخمر ولا يخفى ان المثلث العنبي المتخذ من هاتين
الشجرتين فيجب تخصيصه من قوله والسكر من كل شراب والتفرقة بين المثلث وغيره بالرقة والغلظة
راي ولا معتبر بالراي مع وجود النص قوله اذ العطف يقتضي المغايرة الظاهر انه دليل على ان المراد
بقوله من كل شراب غير الخمر ولا يخفى ان المعطوف هنا انما هو السكر لا كل شراب فلم تقتضي العطف
المغايرة ثبت المغايرة بين السكر والخمر لا بينهما وبين كل شراب لان المعطوف على الخمر هو السكر
دون كل شراب والمطلوب اثبات المغايرة بين الخمر وكل شراب لا بين الخمر والسكر فالدليل لا يلائم
جانب المدعى وما قيل في جوابه ان المدعى ان المراد بالسكر حقيقة دون السكر على معنى والمسكر
كل شراب اذ لو اريد به المسكر لم تحقق المغايرة بين المعطوف عليه من كل وجه بل يكون
من باب التعميم بعد التخصيص والمغايرة بين العام والخاص مغاير من وجه ففيه بحث
لان المعنى والحكم على تقدير ان يريد بالسكر حقيقة او المسكر واحد اذ قوله حرمت الخمر بعينها والمسكر
من كل شراب يدل على ان الحرام لذاته سواء سكر او لا وسائر الاشربة حرام لصفة الاسكار والمعنى
ان معنى قولنا المحرم هو المسكر من كل شراب وقولنا المحرم من كل شراب هو ما اسكر منه واحد ولا يتوقف
المقصود على نفي ارادة المسكر حتى يحتاج اليه فيقام عليه الدليل قوله حتى يذهب ثلثاه يشكل
بان الواجب لما كان ذهاب ثلثي العنب وجب ان لا يحل اذا ذهب ثلثا المجموع بين العنب والتمر
لاحتمال ان يكون الذاهب من التمر اكثر من الذاهب من العنب ويكون الذاهب من المجموع قلنا المجموع
قوله لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قلت قد علل حرمة قليل الخمر بقوله وانما يحرم لانه يدعو الرقة
واللطافة الى الكثير فاعطي حكمه ولا يخفى ان علية دعوة القليل الى الكثير لاجل الرقة واللطافة ينبغي
ينتفي بانتفاء الرقة وحدوث الغلظ سواء حدث قبل ثبوت الحرمة او بعدها فيجب ان يكون وجه التلثين
قبل ثبوتها ودفعا بعد ثبوتها اذ الحكم ينتفي بانتفاء العلة وجوابه ان التعليل المذكور ظني فلا ترتفع
بانتفاء الحرمة الثابتة بيقين اذا اليقين لا يزول بالشك ولم يوجد خلافه مالو ثبت الحرمة بعد غلظ بالطبخ حتى اشتد فقذف بالزبد
فانه

للخمر فيه لم يثبت لان الخمر اسم للني وهذا مطبوخ والعلة الموجبة للحرمة قليل الخمر وهو الدعوة الى الكثير
مقصودة فيه فلما لم يثبت الحرمة لا بالاسم ولا بالدعوة لانعدامهما جميعا وقد كان حلالا فلا يخرج عن الحل
بعموم الموجب للحرمة وجه قوله ولا يكره تخليلها لقوله عليه السلام نعم الادام الخل فان قلت
روي ان انسا سال النبي عليه السلام عن ايتام ورثوا خمرا افلا اهريقها قال افلا اجعلها
خلا قال لا قلت تاويله ان القوم نفوسهم كانت الفة بالخمر وكل مالوف تميل اليه النفس فخاف
النبي عليه السلام دخول الشيطان فيها وهم كيلا يتخذون التخليل وسيلة اليها فيلقيهم الشيطان
فيها فاما بعد طول عهد التحريم فالنفوس لا يخشى عليها هذا الدخول حيث مرنت عن الفطام
عنها يؤيده قوله عليه السلام نعم الادام الخل وخير خلكم خل خمركم كذا في المشكاة قوله ولو
جمع في الطبخ بين العنب اي عصيره والتمر اي عصير الرطب او بين التمر اي نبيذه والزبيب
اي عصير الزبيب اي العنب وليس المراد بالزبيب نبيذه حتى يخالف ما مر في المختصر ان نبيذ
الزبيب حلال عند ابي حنيفة اذا طبخ ادنى طبخة ويدل عليه قول المصنف رحمه الله وكذا اذا جمع
بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا حيث بنه على ان المراد بالزبيب هو العنب لا ما لا يحتاج
الى حمله على رواية هنا وهي انه يشترط في نبيذ الزبيب زوال ثلثيه بالطبخ
كتاب الصيد ذكر الصيد بعد الاشربة لان المقصود من الاصطياد للخمر عادة
اهل الترف فلهما تقاربة في الخيال حتى يقال شرابي وكبابي والجامع بينهما حال الا
فصل في الجراح قوله واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد لقوله عليه السلام اللهم سلط
عليه كلبا من كلابك فسلط الله تعالى عليه الاسد وقد ذكر المصنف رحمه الله في كتاب الحج ان اسم الكلب لا يقع على كل
سبع اذ اسم الكلب في العرف لا يتناول كل سبع والعرف املك فعلى هذا يكون اسم الكلب لكل سبع لا يقع
هنا بعدما كان مختصا بالعرف اذ العرف املك قوله ولان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث
والاسال قلنا اما دلالة النص عليه فمشكل لان التنصيص بالشيء لا ينفي الحكم عما عداه ما يدل النص
على حل صيد المعلم اباحة صيد غير المعلم فالنص فيه عنه ساكت ولئن قيل قوله تعالى
تعلمونهن مما علمكم الله وقع حالا عن ضمير المخاطب في قوله تعالى علمتم والاحوال
شروط قلنا معنى قولنا الاحوال شروط انها في قوة التعليق فقولنا اشتر
في هذا الغلام ان كان عالما وقولنا اشتر هذا الغلام عالما اي حال كونه
عالما بمعنى واحد والتعليق لا يدل على العدم عند العدم فكذا الحال ولئن سلم ان الحال
شرط حقيقة بمعنى ان الوجود متوقف عليه فقوله تعلمونهن حال من ضمير علمتم
فيكون العامل فيه علمتم لا قوله تعالى احل فان الامر يدل على ان يكون شرطا
للتعليم لا للحل كما هو المطلوب على مناط الفائدة انما هو قوله مما علمكم الله فيكون
التقدير واحل لكم صيد ما علمتم من الجوارح مما علمكم فلا يدل على اشتراط التعليم

وحرمة صيد الكلب الجاهل الا بحكم التنصيص ونحن لا نقول به واما الحديث فلا دلالة
عليه ايضا الا بحكم التعليق وقد عرف من مذهب اصحابنا ان التعليق بالشرط لا يقتضي
نفي الحكم عند عدم ما علق عليه وغاية ما يمكن ان يقال ان النص والحديث يدلان على حل
صيد الجارح المعلم فيكون حل صيد الجاهل بعده مبقيا بالعدم الاصلي لا يصح القول بحله الا بدليل
آخر شرعي يدل على حله ولم يوجد فلم يتبدل العدم ولا معنى لاشتراط التعليم سوى
ان صيد المعلم تثبت بالدليل وبقي صيد الجاهل على العدم الاصلي لعدم الدليل
على الحكم بحله نعم اضافة اشتراط التعليم الى النص والحديث نوع تساهل قوله ولان انه تعليم
ترك ما هو بالوفه الى مالكه الكافي وهذا الوفق لا يتاتى في الفهد فانه متوفق كالبازي الحكم
فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد عليه هو الاول لهذا النقل قلت في الفهد كلاهما موجود والاحتياط
في ترك الاكل فجعل حكمه حكم الكلب كذا في بعض الحواشي لبعض الحذاق المهرة من علماء ما وراء النهر
الاعز البرار ولكن لا يعرف وجه الاحتياط في ان جعل اية تعلم الفهد ترك الاكل دون الاجابة
عند الدعوة مع ان حلا منهما ترك لما لزمه والله اعلم قوله فكانت الاجابة اية تعلمه وقد يقال
باصلح كل منا الاجابة وترك الاكل اية لتعلمه كان تعيين الاجابة اية له ترجيحا بلا مرجح قوله ولان
بدن البازي لا يحتمل الضرب وقد يقال الحيوان قد يتعلم ترك الاكل بضربه وقد يتعلم بضرب غيره بين يديه
كالفهد فانه لا يضرب ترك بل يضرب الكلب بين يديه ليتعلم باتعاظ بعدم تحمل بدن البازي لا يوجب
ان يتعين الاجابة عند الدعوة اية لتعلمه لجواز ان يضرب غيره بسبب الاكل فيتادب هو
تادب غيره وجوابه ان ذلك مبني على جودة الطبع ونجابته وليس ذلك لكل حيوان فلا يقاس
على الفهد لجواز ان يكون للفهد طبيعة الالفاظ بوعظ غيره ولم يكن ذلك للبازي يوضح ترى انه
انه ليس للبازي طبع الفهد فلا يلحق به قوله فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا ينافي
وفيه اخذ بالتعيين ويقال في حمله على الجارح حمل للكلام على عموم المشترك وانه باطل عندنا
وجوابه انه ليس حمل للجراح على المعنيين جميعا بل المراد بالجوارح احدهما والآخر يقدر موصوفا
فيكون التقدير الكواسب الجوارح او الجوارح الكواسب في هذا التقدير اخذ بالمتيقن لانه يحمل ان
يكون من الجوارح بمعنى الكسب او بمعنى الجراحة وعلى الاول لا يشترط الجراحة وعلى الثاني يشترط
فيشترط الجراحة ليحل بلا شبهة قوله ولو ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس
بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه والانزجار زيادة الطلب قد يشكل الفرق بين
هذه المسئلة وبين ما ذكره في الكافي في آخر فصل الرمي من قوله ولو رمى بسهمين الى صيد ورمى رجل
آخر فاصاب السهم الثاني السهم الاول فامضاه حتى اصاب الصيد وقتله جرحا ان كان السهم الاول يحال فانه
لا يبلغ الصيد بدون الثاني فالصيد للثاني لانه الآخذ حتى لو كان الثاني مجوسيا او محرما لا يحل وان كان السهم الاول
يحال يبلغ الصيد بدون السهم الثاني فالصيد للاول لانه سبق بالاخذ وهو كان ينتقل ان كان

الثاني

الثاني محرما او مجوسيا لا يحل استحسانا لانه اوجب زيادة قوة في الاول فاوجب الحرمة احتياطا
هذا كلامه ووجه الاشكال ظاهر لان كلا من الاغراء والسهم الثاني يوجب زيادة قوة في الاثر
الصيد من غير ان يكون مؤثرا في اخذه حتى يكون الصيد للمرسل دون المغري والرامي الاول دون
الرامي الثاني ثم الصيد في مسئلة الاغراء حلال وفي مسئلة الرمي حرام ان كان الرامي الثاني
مجوسيا وانه يحتاج الى مزيد تامل لا يقال الرمي الثاني مثل الاول فيصلح ناسخا للاول بخلاف
الاغراء الا انه دون الارسال فلا يصلح للنسخ اذ لا بد وان يكون الناسخ مثل المنسوخ او فوقه
لانا نقول الرامي الثاني هنا لم يعتبر ناسخا للاول اذ لو جعل ناسخا لكان الصيد الثاني لانه الآخذ
دون غيره فحيث جعل الصيد للاول علم ان الثاني لم يجعل ناسخا له فصل في الرمي وظنه حس صيد
اي صيد يحتاج في حل اكله اي الذبح والجرح فلا يرد ما اذا سمع حس حكة فرماه فاصاب صيدا لم يحل اكله
كذا قيل وفيه بحث ان الخنزير لا يحتاج في حل اكله الى الذبح مع انه لو سمع حس خنزير فرماه فاصاب
صيدا احل له المصاب فالاولى ان يقال اراد صيد البر بقرينة ان الرمي او الارسال انما يكون في صيد
البر وجه يتضح ما في الحاشية ان الخنزير ايضا يحتاج في حل اكله الى الذبح في حق الكتابي اذ الخنزير
لهم كالشاة ولاحتمال الموت بسبب دون آخر اعتبر ابو حنيفة رحمه الله هذا الاحتمال
الموت بسبب آخر غير الذي ظهر ولم يعتبر فيما اذا ظهر في البر حيوان ميت حيث قال للموت سببا ظاهرا وهو الوقوع
في الماء فيحال به عليه كذا ذكر المصنف رحمه الله في فصل البئر قلت اخذ بالموضعين بالاحتياط
والاحتياط في مسئلة البئر في اعتبار الظاهر السبب الظاهر ليعيد صلوة يوم وليلة او ثلثة
ايام ولياليها وهنا في اعتبار المتوهم قوله قد نص في الكافي ان الاحتياط انما يجب عند تساوي
الاحتمالين فاما عند ترجح احدهما فلا اذ المرجوح لا يزاحم الراجح لان
الموهوم في هذا اي في باب الصيد قيد به لان بابه غير معقول فمثله الموهوم كالمحقق بخلاف ما
الموهوم في باب السلم بشرعه مع التنافي وكونه غير معقول كالمحقق حتى يجب اعلام رأس المال
ومعرفة مقداره اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل لانه ربما يوجد بعضها زيفا ولا يستبدل في
المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تسليم المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال
والموهوم في هذا العقد كالمحقق بشرعه مع التنافي هذا الغظ الكتاب وبه يخرج الجواب عن الشبهة
التي ذكر قوله ثم اصابه ميتا لم يؤكل وقال الشافعي رحمه الله يؤكل كذا ذكر الشارح وذكر في الكافي خلافه
في الفصل الاول حيث قال عند قوله اكل والقياس ان لا يحل وهو قول الشافعي رحمه الله لاحتمال
انه مات بسبب آخر وانه يشعر بانه لا يؤكل في الفصل الثاني عند الشافعي رحمه الله بالطريق الاولى
قوله اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقص يشكل بما اذا اخرج شاة الغير وماتت منه
حيث لا يضمن فيه نقصان الجراحة اولا ثم قيمة الشاة مجروحا والفرق والله اعلم ان نقصان الجراحة انما يجب اذا
اندملت او صارت في حكم الاندمال بان تعذر اضافة الموت اليها اما اذا صارت الى الموت فالواجب فيها انما هو ضمان الاتلاف والجراحة

في الثانية في مسئلة الصيد مما لا يمكن اضافة الموت اليه لمعارضة الجراحة اياها فصارت في حكم الا
ندمال فيجب ضمان النقصان ثم يجب ضمان نصفها لاحتمال الموت بالثانية واحتمال بالاولى فيوزع
الضمان واما في مسئلة الشاة فالموت فيها مضاف للجراحة اذ الكلام فيما اذا ماتت بهما ولم يندمل
فيكون ذلك اتلافا بنقصان اتلافا حتى يضمن النقصان ثم القيمة مجروحا قوله الثاني الخ
قوله يخرج هذه المسئلة يقتضي ان يكون الجواب فيما اذا خرج الى ملك ساكنه بجراحه ثم
جرحها الاجنبي وقد علم انها ماتت بهما ولا يدرى كذلك بان يضمن الاجنبي ولا نقصان جراحته
لانه خرج مملوك الغير وقد نقصه ثم يضمن نصف قيمته لحمه لانها مع الجراحة الاولى كانت محلا للذكاة لولا الجراحة
الثانية فالاجنبي بجراحته افسد عليه نصف اللحم ولانه ضمنه مرة فقد حل ضمان اللحم فيه فيه
كتاب الرهن قوله عقب الصيد بالرهن لان كلا منهما من لوازم الابوة لان شرب
المسكر كان يستلزم الاصطياد من حيث انه احد اسباب يخبث اللحم الذي يصاد ان شارب اي بعد الشرب
يستلزم الرهن ايضا فان شارب المسكرات المتعاطي المطرة يغلب عليه الشرب في فيرهن لاجلها الادوية
والاكسية والامتعة عادة الاقدم الاصطياد ولان اكل اللحم الذم شرب الاشربة من الرهن
لان الشارب لا يخلو عن اكله سواء كان الشارب موسرا او معسرا فان الرهن ربما ينفك عن الشرب
اذا كان الشارب موسرا فادرا على نقائها حلا قوله وفي الشريعة جعل محبوسا بحق يمكن
استيفاؤه من الرهن ويصدق هذا التعريف على حبس البايع المبيع من المشتري حتى يأخذ الثمن
منه وحبس الوكيل بالشراء المشتري من الموكل ليستوفي الثمن منه وحبس المشتري المشترى من البايع
بعد اقالة البيع حتى يقبض الثمن منه وحبس المستاجر العين المستاجرة بعد انفساخ الاجارة قبل انقضاء مدتها
بشرط منه الاجرة بعدما انفسخت الاجارة وحبس راد الابق حتى ياخذ من المالك الجعل
من هذه الوجوه كلها جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه منه ولو قيل جعل الشيء محبوسا بحق يصير
مستوفيا منه بالقبض ويتقرر الاستيفاء بالهلاك لسلم عن هذا الاعتراض اذ الحق في هذه الوجوه لا يصير
مستوفيا بمجرد الحبس لا بنفسه ولا بالهلاك بخلاف الرهن لا يقال هذه الوجوه يخرج بقوله من الرهن
في هذه الوجوه لان المراد بالرهن هنا الشيء المحبوس تحرزا عن تعريف الشيء بنفسه لانه من وضع
الظاهر موضع المضمر حيث اكتفى بالضمير في عبارة الكنز حيث قال هو حبس الشيء بحق يمكن استيفاؤه منه
الا ان يراد بالامكان الوقوع اي يقع استيفاؤه استيفاء الحق لا يقع الا من الرهن فان كان
الامكان الاستيفاء نعم جميع ما عددناه او يقال معناه حبس الشيء بحق يمكن استيفاؤه منه بايجاب وقبول
والحبس في الصورة المذكورة ليس بايجاب وقبول او يقال معناه يحتمل
ان يتقرر استيفاؤه منه بالهلاك واحتمال ضرورته
مختص بالرهن قوله كالديون قلت تعميم الحق في قوله بحق يمكن استيفاؤه
ثم بقوله ايضا ناول هنا ان حبس الشيء بدين يمكن استيفاؤه منه ولانه

عند

عند وثيقة لجانب الاستيفاء لان المرتهن لا يتمكن من الانتفاع بماله الا ما دام الدين معه
على الاداء فيتعين بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة بل الاولى لان الاستيفاء مقصود
من الوجوب فاذا كانت الوثيقة مشروعة في جانب الوجوب الذي هو غير مقصود فلان تكون
الوثيقة مشروعة في جانب الاستيفاء وهو المقصود اولى ثم جعل الكفالة وثيقة في جانب الوجوب
على قول من جعل الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة دون الدين لان المقصود من الوجوب انما هو
المطالبة فيكون الوثيقة في المطالبة كالوثيقة في الوجوب لكن لو اعتبر كذلك لزم
ان يكون الرهن ايضا وثيقة لجانب الوجوب لان المقصود من الوجوب المطالبة ومنها الاستيفاء
فيكون المؤكد للاستيفاء مؤكدا للوجوب فالظاهر انه تعليل على قول من جعل الكفالة ضم ذمة مع
ذمة في الوجوب قوله الرهن لتوقف وجود هذا الحصل عليه اي جعل الشيء محبوسا بحق يمكن
استيفاؤه منه يتوقف اي يحصل بالايجاب والقبول ويكمل بعد القبض فيكون القبض شرطا والايجاب
والقبول ركنا لانه الموجب له لولاه لم يثبت ولقائل ان يقول الرهن ايفاء للدين باثبات اليد
على مالية المرهون ليقابله ما عليه من الدين فيعتبر بالايفاء الحقيقي والركن في الحقيقي هو التسليم
بنية ايفاء الدين دون الايجاب والقبول فكذا في الايفاء الحكمي يجب ان يكون الرهن
هو التسليم بنية ايفاء الدين عن مالية المرهون دون الايجاب والقبول وبالجملة ان الرهن نوع
من الاداء والاداء هو تسليم الحق والقبول ليس ركن فيه ولا شرط ثم يشترط رضاء
او كان الايفاء قاصرا او ادى الدين مكان الجياد والايفاء بالرهن قاصر الانه حكمي وايفاء
بدلا رقبة بخلاف الامر انه يشترط رضاه فيكون ركنه هو التسليم والتسلم والله اعلم قوله
لانه عقد تبرع نعم بالتبرع قوله لانه عقد تبرع ولكن العقد لا بد له من ايجاب وقبول الا يرى
الى ما ذكر المصنف بعينه في كتاب الهبة تعليلا لقوله ويصح بالايجاب في العقد حيث قال
واما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول فهو يشعر بان العقد
لا يستغني عن الايجاب والقبول وان كان عقد تبرع اللهم الا ان يراد بعقد التبرع غير عقد
تبرع تصرف تبرع ثم التعليل او يقال ما ذكر من التعليل في الهبة فهو على قول النفقة وهو
عند القائل بان الرهن يحصل بالايجاب والقبول ممنوع الا يرى ان معنى العقد
متحقق في اليمين المعقودة ثم بالحالف بالاجماع وايضا قد تقدم ان
الكفالة لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس وعلله المصنف بقوله بان فيه
معنى التمليك وهو تمليك المطالبة فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على
ما وراء المجلس لي هنا لفظه فهذا يدل على ان التمليك لا يتم الا بالايجاب والقبول تمليك المطالبة
فجعل القبول ان الايجاب المجرد شطر العقد وليس بعقد تام والرهن تمليك اليد كما ان الكفالة تمليك المطالبة
فجعل القبول شرط كما في قبول الكفالة دون الرهن مع وجود معنى التمليك فيهما كم وجوابا ان التعليل الذي ذكره في كفالة

بناء على قول من جعل القبول في التبرعات من الهبة والصدقة والرهن شرطا الا على من جعل شرطا حتى يشكل
الفرق على قوله بين الرهن والكفالة بل القبول في الكفالة على قوله ايضا شرط كما في الرهن وايضا يشكل قوله
لانه عقد تبرع بما وقع في الكتاب غير مرة ان الرهن ايفاء الدين من مالية المرهون والايفاء ليس من التبرع في الشرع
وجوابه ان الرهن من الحيثية لا يستوجب بمقابلته ما انه يستوجب بعد ذلك شيئا بعد وضعه من حيث
انه بالرهن يوفي دينه من ماليته فان اعتبر جهة كونه تبرعا والاوجه كاشتراط القبول في الرهن لكن للخصم ان
يقول لعلها يشتد في الايفاء والتحقيق اما في الحكم فلا والرهن ايفاء حكمي فكان معاوضة كالبيع لاداء الدين وايضا
يبطل بالشروط الفاسدة صرح به المصنف في اخر الكتاب الهبة وصرح هنا بالشرط الفاسد لا يعمل
في التبرعات حتى لا يبطل لما يبطل بالفاسدة من الشروط وجوابه ذكر في الكافي فصل قبل باب
الرهن يوضع في يد العدل اذ الرهن لا يبطل بالشروط الفاسدة لانها تبرع كالهبة قلنا انه يمنع قوله
كالهبة والصدقة كان القبول في الهبة شرط لثبوت الملك لا لوجود الهبة وكذا في الصدقة لذا في الحاشية
فان قلت القبول في باب الهبة لو لم يكن ركنا بل شرطا لثبوت الملك لكان يستوي فيه الايجاب
على ما وراء المجلس كالثبوت يتوقف على القبض وليس هنا كذلك قلت نعم لو كان من الشروط غير القبول المتوقف
عليه وراء المجلس لكن الشرط هو القبول في المجلس للاجماع على ان التمليكات يقتصر على المجلس فاذا لم يكن في المجلس فقد فات
الشرط فان اصل القبول لا بد منه في جميع التمليكات غير انهم اتفقوا على انه في المعاوضات شطر واما في التبرعات
فقيل شطر وقيل شرط واياما كان لم يقبل في المجلس لم يصح التبرع والله اعلم فان قلت لو كان الركن مجرد الايجاب
ان يحنث بدون القبول اذا حلف لا يرهن والحنث صرح بذلك في ايمان المحيط قلت بل يحنث
بدون القبول على قول من يقول بان الركن هو مجرد الايجاب صرح بذلك بعض الشارحين فلا يرد ثم قوله كالهبة
والصدقة انما يستقيم الحاق الرهن بالهبة والصدقة اذا كان الركن فيهما هو الايجاب المجرد بالاتفاق وليس
كذلك بل الكلام كالكلام في الرهن الركن هو الايجاب المجرد باطل لان هذا ايضا مختلف فيه مجرد وليس
على ما يقع له شرط اللزوم ان الرهن قبل القبض جائز لانه غير لازم وانما يصير لازما في حق الراهن بالقبض
فكان القبض شرط جواز الرهن ثم قال الشيخ الامام خواهر زاده رحمه الله الرهن قبل القبض جائز
الا انه غير لازم والاول اصح ولبست شعري ما معنى قوله القبض شرط جواز الرهن ان كان معناه
انه بدون القبض حرام غير جائز فلا يخفى ان الرهن بدون القبض ليس بحرام بالاجماع وان كان
ان كان معناه انه بدون القبض لا يترتب احكامه عليه فذلك هو مراد من جعل شرط اللزوم فلا يتغير القبول
بكونه شرط الجواز واللزوم وان كان معناه انه بدون القبض غير منعقد
يشكل بما اذا حلف لا يرهن فانه يحنث بمجرد الايجاب عند من جعل
الركن الايجاب بالايجاب والقبول عند من جعل الركن الركنين
كليهما ولو كان القبض شرط انعقاد لما حنث قبل القبض لان الرهن لم ينعقد
بعد كما لا يحنث فيما اذا حلف بالطلاق فعلق طلاقها يحنث علم انه شرط

لترتب حكمه وقول محمد رحمه الله عليه لا يجوز الرهن الا مقبوضة معناه لا يفيد الحكم الا مقبوضة
وهذا مثل قول النبي صلى الله عليه وسلم لا يجوز الهبة الا مقبوضة فالمراد به نفي الملك لان الجواز
بدونه ثابت اجماعا فكذا قول محمد رحمه الله ثم قوله والقبض شرط اللزوم ظاهره يقتضي ان الرهن جائز
مفيد لحكمه الا انه يستبدل الرهن بغيره وقول محمد رحمه الله يقتضي انه لا يفيد الحكم الا بالقبض وهو الظاهر
وقال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد حتى يجبر الراهن على التسليم الى المرتهن كما عنده وعندنا هو بخيار ان
شاء لم يسلم قوله فصار كالبيع لا ينافي اشتراط القبض اجيب بان الكلام في كون القبض شرطا
للزوم الرهن لانه ليس بشرط اللزوم في شيء من انواع البيع اذ القبض في الصرف والسلم انما يشترط لبقي
صحيحا على اختلاف فيه لا للزوم العقد فانه لازم قبل القبض حتى يجبر العاقد على
التسليم فصح قياس الرهن على البيع ولم يكن للاصول متعارضة بل هي
متفقة في عدم كون القبض شرط اللزوم وجوابه ولنا ما تلونا والمصدر
المقرون الخ ان كان الرهان مصدر المعنى المراهنة وكان المصدر يحذو فاتقدير فرهن
رهان مقبوضة الا انه حجة على مالك رحمه الله ودليل على اشتراط القبض على ما ذكر في الكتاب
وان كان الرهان جمعا فكان فالذي يستوثق به رهان مقبوضة فلذلك لان امثال هذا الكلام
يدل على الحصر لمكان تعريف المسند اليه ولانه سكوت في محل البيان ان ليس الذي يستوثق به الا الرهان
المقبوضة فيدل على اشتراط القبض لا سيما عند من يعمل بمفهوم الشرط والوصف فلا تكون الاية حجة
لنا بكل حال لا يرد عليه ان الرهان ليس بمصدر بل جمع وان تقدير المصدر هنا غير مسلم لان حمل الرهان
على الجمع تاويل غير راجح في الاحتجاج نعم وصف الرهان بقوله مقبوضة بناء على كونه مصدرا بمعنى المفعول
لظهور المحتمل للقبض انما هو الرهن بمعنى المرهون دون المعنى المصدري الرهن الاعيان ولكن خلاف
الظاهر جدا قوله يراد به الامر كقوله تعالى فتحرير رقبة فيكون المعنى هنا ما رهنوا رهان
مقبوضة اي فارهنوا رهنا مقبوضة ونفس الرهن ليس بواجب اجماعا فينصرف الوجوب الى القيد
وهو القبض كانه قيل فالنظر القبض في الرهان ليحصل الاستيفاء في الدين فيدل الا انه على ان الاستيفاء
بالرهن لا يحصل الا بالقبض فلو لزم الرهن قبل القبض وثبت حكمه بمجرد العقد كما ذهب اليه مالك رحمه الله
لحاق بالبيع بتحصيل الاستيفاء بنفس العقد وانه خلاف مقتضى الاية وهذا يسقط ما توهم ورود بانه لم
لا يجوز ان يكون القبض في الرهن كما يقبض في الصرف والسلم نعم يشكل بان الاية ان كانت تقتضي اشتراط القبض فهي
ساكتة على ان يكون القبض شرطا لازم الرهن او لوجوبه في الضمان فلعل قائل ان يدعي ان القبض شرط الضمان
دون اللزوم حتى يجبر الراهن على التسليم بمجرد الايجاب والقبول ولكن المرهون انما يدخل في ضمان المرتهن
اذا قبضه كالبيع يدخل في الملك بمجرد الايجاب والقبول ولكنه لا يدخل
في ضمان المرتهن اذا قبضه كالبيع يدخل المشتري الا بالقبض بالجملة ان العكس على البيع يقتضي ان يكون شرط
القبض ليدخل في ضمان المرتهن والاية لا تنافيه على ما بيناه فيعمل بالقياس والاية جميعا وجوابه انه جاء على مذهب ابي حنيفة رحمه الله

فالرهن عنده امانة وقبضه ليس بقبض ضمان فلا يمكن ان يجعل القبض شرطا للضمان عنده فتعين ان يكون شرطا
للزوم والله اعلم قوله لهذا لا يجبر عليه فان قلت لا جبر في المعاوضات ايضا فلا دلالة لانتفاء الجبر على كونه
تبرعا لا معاوضة اجيب بان الرهن لو كان معاوضة بجهة انه قضاء الدين اذ لا وجه للمعاوضة ههنا
سواه والمعاوضة في قضاء الدين مما يجري الجبر ولا جبر فيه في الرهن فعلم انه ليس بمعاوضة نعم الجبران كان لا يجري
في الرهن فهو يجري في قبض المرتهن حتى ان المرتهن يجعل قابضا في الهبة والصدقة بمجرد التخلية شاء او ابى ولو كان
شرعا لم يجعل التخلية فيه قبضا كما لا يجعل ذلك قبضا في الهبة والصدقة وحيث جعلت التخلية فيه قبضا كما
في ساير المعاوضات علم انه معاوضة وايضا لو كان الرهن تبرعا لما فيه بالشروط الفاسدة
وحيث فسد فيها علم ان فيها معنى المعاوضة قوله فلا بد من امضائه كما في الوصية يعني يجب امضاء الرهن
كما يجب امضاء الوصية ببقاء الموصى على الوصية الى حين الموت وامضاء الرهن بالتسليم وبهذا سقط ما قيل
انه كيف يصح قياس الرهن على الوصية في اشتراط القبض والقبض ليس بشرط في الوصية فعلى هذا لا حاجة
الى ان يراد بالوصية بالشرع كيف او بعض فيما اذا اوصى بان يهب الوارث فلانا كذا انما يشترط
في الهبة مثلا لا في وصية الهبة فلا يفيد ح ذكر الوصية قوله لم يكتف فيه بالتخلية في ظاهر الرواية قلت
تنزيله قابضا بالتخلية اجبار له على القبض اذ لا معنى للجبر عليه سوى تنزيله قابضا بالتخلية كما صرح به
المصنف رحمه الله في باب العتق على جعل والجبر انما يكون في حقوق الواجبة كتسليم المبيع والثمن واداء
الدين دون ما سواها من التبرعات والرهن عقد تبرع فلا جبر فيه المرتهن على القبض فينبغي ان لا ينزل قابضا
بالتخلية وتوضيحه ان التخلية انما جعلت قبضا دفعا للضرر لا من عليه الحق ربما لا يتمكن من التخلص عن العهدة
لا يجعل التخلية قبضا وظاهر انه لا ضرر في غير الواجبة من الحقوق فلا يجعل التخلية قبضا ثم ذكر
المصنف رحمه الله من التعليل بقوله لانه قبض بحكم عقد مشروع ما شبه عقد البيع فلا يعقل له تاثير
في اعتبار التخلية قبضا لان التخلية انما اعتبرت قبضا للضرر والضرر انما يتحقق في العقود اللازمة
كالبيع اما ما هو غير لازم في نفسه كالرهن قبل القبض فلا يحتاج منه الى اعتبار التخلية قبضا
لانتفاء ضرورة داعية اليه وهي الاحتياج اليه للتسليم فما هو الوجب في البيع لتنزيله قابضا بالتخلية وجوب
التسليم لكونه عقد لازما فاما في الرهن فلا يتعلق ان اللهم الا ان خير الرهن استغاذ نخ يحتاج الى تنزيله قابضا بالتخلية
اعتبارا بهذا الايفاء الحقيقي وذلك ان الايفاء الحقيقي والحكمي سيان في حق الراهن وهو يحتاج الى الايفاء انما
كان فلو لم يجعل التخلية قبضا ادى الى نوع حرج في حق الرهن كاداء السوف مكان الجياد وبه
تنزيل قابضا بالتخلية ههنا نعم في جعله قابضا بالتخلية نوع لحوق الضرر بالمرتهن بانه هلك الرهن يسقط
بالايفاء الحكمي ومنعه في الايفاء الحكمي انتقص منه في الايفاء الحقيقي لان هذا الضرر دفعه بيده لتمكنه ونقض
الرهن بالرد الى الراهن مع انه رضي بهذا الضرر حيث قبل الرهن والنور المرتضى لا يجب دفعه قوله لانه
قبض بحكم عقد مشروع ما شبه قبض المبيع نقض بقبض الهبة والصدقة فانه ايضا قبض بحكم عقد مشروع مع ان
التخلية فيه لا يعتبر قبضا لما ذكر ان التخلية اجبار على القبض وانما يحتاج الى الاجبار في الواجبات ممكنا

لان التسليم الواجب عليه ولا يحتاج اليه في التبرعات ولا معنى للاجبار على القبض فيها فكانه اراد به قبض
بحكم عقد مشروع يجب فيه التسليم من حيث انه ايفاء في الدين الواجب عليه بمالية المرهون فيجب الجبر فيه
وذلك بجعله قابضا بالتخلية ما شبه البيع لان التسليم في كل من الرهن والبيع واجب اما في البيع فظاهر
واما في الرهن فمن حيث انه ايفاء للدين الواجب عليه بمالية المرهون مرضا المرتهن فصار كايفاء الجيد
اما الردي برضا صاحب الحق وفيه يعتبر التخلية قبضا فكذا هنا والله اعلم قوله بخلاف الشراء لانه ناقل
للضمان من البايع الى المشتري كان مضمونا على البايع بالثمن فانتقل المبيع منه الى المشتري بذلك
الضمان بالتسليم اليه فلم يكن مضمونا ابتداء كذا في الشرح وجوابه هذه النكتة
ظاهر لان المبيع اذا هلك قبل التسليم يهلك على حكم ملك البايع لانفساخ العقد به فلا يكون مضمونا عليه اذ لا
يضمن ملك نفسه وذلك ان المعنى بالمضمون ان يجب عليه بدله عند الهلاك وبدل المبيع لا يجب على البايع
اذا هلك قبل القبض لما ذكرنا انه يهلك على ملكه واما رد الثمن فلا يجب لا عن المبيع بل لانه اخذه بجهة العقد ثم
بقي بلا جهة فيجب رده وانما سمي المبيع في يد البايع مضمونا في قولهم والمبيع قبل القبض مضمون بغيره
باعتبار سقوط الثمن ان لم يقبض ورده قيضه والا فهو ليس بمضمون لانه يهلك على ملك البايع فلا يجب شيء كما لو
هلك الوديعة ابتداء في الكتابة بعض الشروح وشيابنك فعلى هذا كان قبض المشتري كقبض الغاصب
من حيث ان كلا منهما يوجب للضمان لا ناقل للضمان غير ان اعتبار قبض الرهن بالشراء اولى لان كل
واحد منهما قبض بحكم عقد مشروع ولان كل واحد منهما لغيره اما قبض الغصب لمغصوب بنفسه فيه
ويحوز الى ان يقوم الجواز والحيازة كردا وورود والمراد هنا القسمة لانها ابلغ في ظهوره
احترازا عن رهن المشاع مؤخا اي غير مشغول فلك الرهن وفيه احترازا عن رهن وارثه منه للراهن حوالى
حطبه ممنبر اي لم يكن متصلا بغيره خلقة كاتصال الشجر بالثمر والثمر بالشجر وقد يقال مفرغا
يعني عن قوله ممنبر الا ان الرهن المتصل بغيره ايضا خلقة ليس بفرغ عن حق الراهن كالمشغول
الا انه يمنعه بل اولا قوله ثم العقد فيه اشارة الى انها فالمرهون بهذه الصفات عند العقد ليس بلازم
حتى لو لم يكن موصوفا بها عند العقد واتصف عند القبض تم والا انه لو لم يكن عند العقد تم متصوفا
بها فاسد اذ لو وقع باطلا لما صح ولما قال ثم دل انه بدونها يكون ناقصا والباطل فات
الاصل فالوصف والفاسد موجود الاصل معدوم الوصف كذا في الشاهان قوله
ولكن المصنف رحمه الله ذهب بعد هذا الى ان الرهن المشاع باطل حيث قال ان الامتناع اي امتناع
رهن المشاع لعدم المحلية المشاع لحكم الرهن والظاهر ان العقد في غير محله باطل كبيع الميتة والدم
قوله قال معناه لا يصير مضمونا بالدين كانه زعم ان كونه مضمونا بالدين مستلزم ان يصير مملوكا
للمرتهن بمقابلة الدين لانه لو سقط الدين بهلاكه ولم يهلك المرتهن لبطل الدين مجانا فيتقرر
المرتهن فلا بد ح ان يملكه المرتهن بمقابلة الدين وتملكه بالدين هو الاحتباس الكلي
المراد بالعلوق في قوله عليه السلام لا يغلق الرهن ولكن نقول سقوط الدين

بالهلاك لا يوجب قوله في ملك المرتهن لانه لما قبض الرهن فقد قبض حقه عالية الرهن يدا
فلما هلك تم الاستيفاء من حيث اليد فيتقرر الاستيفاء من حيث الرقبة وهذا هو معنى السقوط
وانه لا يوجب التمليك والا لما احتيج برضاه فلا يجب دفعه قوله ذهب حقك والمراد به حق الحبس
لان ذهابه محسوس لا يحتاج لك البيان لداع الكلام وقد يقال جاز ان يكون المعنى ذهب حقك
في الحبس على ان معنى انه ليس لك ان تأخذ منه الرهن بدلا فيجب ان
ينعكس الحديث بيانا لعدم وجوب الضمان على الراهن للمرتهن
بعد الهلاك وفي الكافي ايضا ولانه ذكر الحق معرفا بالاضافة فيراد به ما كان
المنكر الذي سبق ذكره كقوله تعالى فعصى فرعون الرسول قلت المعرف بالاضافة فيراد به المنكر المذكور
في الحديث كلام الرسول والمنكر ليس بمذكور في صدر كلامه عليه السلام انما هو مذكور في كلام الراوي حيث
قال الراوي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لرجل ارتهن فرسا نفق عنده ذهب حقك فكلام
الرسول عليه السلام انما هو قوله ذهب حقك واما ما ذكر ولا شك ان قول الرجل ارتهن فرسا نفق
له على انه فكلام الراوي لا كلام الرسول عليه السلام ذهب حقك اي ما وقع منكرا في كلام الراوي ولم يكن
من قبيل قوله تعالى فعصى فرعون الرسول لان المنكر اعني قوله تعالى الى فرعون رسولا وقع
في صدر الكلام بخلافه هنا وليس في الكلام دليل على ان الراوي فهم من الحق الحق الذي ذكره
او لا المنكر الوسلم انه فهم ذلك فتأويل الراوي ليس بحجة قوله قوله عليه السلام اذا عمي الرهن
فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن الظاهر ان العمى بمعنى اشتباه القيمة كناية
عن الهلاك والمعنى اذا هلك الرهن فهو مضمون بما فيه من الدين يظهر ان كونه مضمونا بما فيه من الدين
انما يصح ترتبه على نفس الهلاك الا على اشتباه القيمة بعد الهلاك قوله مع اختلافهم في كيفية الضمان
فقالوا ابو بكر وعلي رضي الله عنهما مضمون بالقيمة وقال عمر بن مسعود مضمون باقل قيمته ومن الدين وقال
ابن ابي ليلى مضمونا بالدين قلت قيمته او كثرت وقد يقال لما تعارضت اقوال الصحابة فتعذر
العمل بها فيجب ان الضمان الى القياس وهو يقتضي ان يهلك امانة كيلا يفوت معنى الصيانة على ما مر
قوله بان يغير مملوكا كما كانوا في الجاهلية بشرطه اذا لم يقبض الدين في وقت كذا كان الرهن
المرتهن للمرتهن فابطل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم
والذي بالحبس الدائم هو الحبس الا ان يستوفي ما حبس به فيكون مواضع استعمال الرهن دليلا
عليه لانه انما يستعمل في معنى الحبس الدائم بمعنى المذكور وليس المراد به لا مدخل بشكل بالموضع الاستعمال
لا يشهد بالحبس الذي يرى قوله قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة بكسبه به
ما دامت تلوث المكسوب ومعنى الحبس الدائم هو الحبس الا انه يتقوم بالحبس به وليس المراد الابد
حتى يرد ما في الآية والبيت لا يدل على كونه بمعنى الحبس الدائم قوله فارقتك جاز ان يكون المعنى طب
تخلصا الخروفا ابتدع من نفسه كانه لا يلوح ته نهاية ابتدع من نفسه محتضر فاستهله مبالغة في ان

مخاطبة

مخاطبة بقوله وفارقتك برهن كانه اراد به القلب الذي عشق بها وذهب معها وبعد ودوده
معها ابتدا وارث لا فكاك اي لا تمكن فكاكه يوم الوداع فامسى الرهن قد علقا اي صار الرهن
قد علق بحيث لا فكاك له قوله ينعطف المعطف دو يوكردن والانعطاف دو توسان قوله
على الالفاظ على وفق الانباء اي على موافقة الاسما اللغوى لان الملة الشرعية مجازات بالقياس
الى اللغة ولا بد للمجاز من العلاقة وذلك بوجود المعنى اللغوى في الشرع قوله وفارقتك
برهن من باب التجريد كانه ينتزع من نفسه محزونا مضافا مبالغة في تحقيق
هذه الصفات له مخاطبة على حذف المضاف اي فارقتك محبوبك ايها المحزون فان قلت
اي ارتهنت قبله بمقابلة نفسه كان نفسه مستحقها فحين فارقت نفسه اجتذب به القلب وهنا هو
محبوس بالنفس الى ان يصل نفسه اليها قوله والاحكام الشرعية ينعطف تعالى عطف العود في العطف
عطفت الوسادة ثنيتها والانعطاف هنا كناية عن الموافقة اي الاحكام الشرعية ينعطف تعالى
كما ان يكون على وفق المعاني اللغوية لان المعاني الشرعية مجازات بالنسبة الى المعاني اللغوية ولا بد للمجازية العلاقة وذلك بوجود
المعاني اللغوية في الشرع والرهن في اللغة هو الحبس الى ان يستوفي ما حبس به انما يتحقق اذا ثبت
للمرتهن ملك اليد الا كان الراهن ان يسترده منه للانتفاع وذا داوام ما هو من جنس حقه
ومن ضرورة ملك اليد على عين الرهن على ما اثبتها ملك المرتهن على ما اثبتها لانها من جنس حقه وثبوت يد الملك على ما هو
من جنس حقه استيفاء الحق او معنى الاستيفاء والا انه يثبت له الملك في جنس حقه يدا ورقبة لانه لا يمكن
لاثبات اليد ثانيا فيتكرر الاستيفاء من حيث اليد وانه غير مشروع فامتنع الاستيفاء ولا يعني بالاستيفاء من
سوى سقوطه ولانه الاستيفاء قوله وهي اي الوثيقة حاصلة بان يكون اي يكون العين المرهونة
موصلة الى الاستيفاء وذلك اي كونه موصلة الى الاستيفاء ثابت بملك اليد والحبس لانه يحول انه ثابت بتعلق الرهن
للبيع واستدلاله او المرتهن يبيعه عند مماطلة الراهن في اداء الدين للقطع بان حصول البيع حاصل على الادار
ولا استيفاء وذلك اي فكانه حين ثبوت ملك اليد والحبس جهة في الوثيقة مع صلاح تعينه للبيع كذلك
ايضا محافظة على المعنى اللغوي وحيث يعود الى الوجه الاول فلا يكون الثاني وجها لغوى وجوابه ان الاصل في الرهن
من وجوه الوثيقة هو لا الدين محافظة لجحود المرتهن الرهن لان الرهن حلف الكتابة
والكتابة لا يوجب الوسعة الامن عن الجحود فكذا الحلف يحكي حكاية الاصل و
معلوم الوسعة بالامن عن الجحود ولا يحصل الا بثبوت اليد ودوام الحبس
انما يحصل ذلك حكم الرهن وتبعة للبيع وان كان يحمله على قضاء الدين وبه يحصل
الوثيقة لكن لا يحصل به ما هو الاصل من وجوه الوثيقة وهو الامن عن جحود الدين فليتامل والله اعلم
قوله لو استوفى ثانيا يؤدي الى الربا قلت ولو لم يستوف يتضرر المرتهن حيث يبطل حقه في ملك
الرقبة فيجب ان يصير المرتهن قيمته ويكون ذهابه مكانه ببعض الاستيفاء سوى القيمة عند تعذر
العين كما قال في مسئلة الابريق وهو ما اذا رهن ابريقا فضة قيمته ثمانية بعشرة فهلك الابريق

حيث يضمن المرتهن عند هلاكه قيمة الابريق من خلاف جنسه تبرده الى الراهن ويستوفي حقه لانه لا وجه
الى الاستيفاء بالوزن حيث يتضرر به المرتهن ولا بالقيمة لانه يؤدي الى الربوا فصير الى التضمين بخلاف
الجنس دفعا للضرر عن المرتهن ولا بالقيمة ولا يخفى ان تضرر المرتهن سلطان حقه في الاستيفاء بداو فيه
فوق تضرره بالاستيفاء من جنس الوزن في مسئلة الابريق فلما وجب دفع ذلك الضرر بالتضمين
بخلاف الجنس وجب دفعه بتضمين الرهن بالقيمة اولى وجوابه سيأتيك ان شاء الله تعالى قوله والاستيفاء
يقع بالمالية والعين امانة في يده ويشكل هذا بما ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فهو بما فيه وان كان
اقل من عشرة دراهم عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاستيفاء عنده بالوزن وقد استويا فيه وجه الاشكال
ان الاستيفاء اذا كان بالمالية الا ان يقال الاستيفاء بالمالية انما يكون فيما لا يمكن ان يجعل مستوفيا بالوزن
في هذه المسئلة والوزن يتعلق بالعين دون المالية الا ان يقال الاستيفاء بالمالية انما لا يكون فيما لا يمكن
ان يجعل مستوفيا بالعين اما اذا امكن فلا وذلك لان الاصل هو الاستيفاء بالعين ليتحقق اليد عليه حقيقة و
الاستيفاء باعتبار اليد ولكن جعلنا الاستيفاء بالمالية فيما لا يمكن وذلك بالعين ضرورة فيما اذا امكن فبقي على
اصله وفي مسئلة الابريق الاستيفاء بالعين ممكن لانه جنس حقه والاختلاف جودة ورداءة لا عبرة لها
لو ادى بالوزن مكان الجياد فيجعل مستوفيا بعينها قوله كذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اه
اذا اشتراه لان العين امانة في يده قلت ذكر بعض الابناء وذلك انه جاز ان يكون العين مضمونا بالدين
ولا ينوب عن قبض الشراء ولان قبض المضمون انما ينوب عن قبض الشراء اذا كان مضمونا بنفسه بالقيمة اما اذا
لم يكن مضمونا اصلا او كان مضمونا بالعين كالمضمون بالثمن او بالدين وانه لا ينوب بحث عن بعض الشراح
في الكافي حتى لو باع عبدا من رجل وقبض ثم تقايلا فلم يسلم الى البائع بحكم حتى للاقالة اشتراه منه
ولا ينوب قبض الشراء وان كان قبض بعد لاما قاله مضمون بالثمن لانه لما لم يكن مضمونا بالقيمة
لم ينب عن قبض الشراء ولا يكون عدم نيابة قبض المرهون عن قبض الشراء دليلا على كونه امانة
لا مضمونا بالدين قبلها قوله هذا تحقيق الضمانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة
وقد يشكل بان الحوالة توجب فراغ ذمة المحيل مقيدا بعدم التوى فان الدين اذا توى على
المحتال عليه يعود الى ذمة المحيل وذلك لا لتحقيق معنى الضمانة في مسئلة الحوالة يدل على ان فراغ
الذمة مطلق في معنى الضمانة على تقدير كونه مضمونا موجب سقوط الدين كما انه ليس في الحوالة
يدل على ان فراغ الذمة مطلق معنى الضمانة على تقدير كونه مضمونا موجب سقوط
الدين كما انه ليس في الحوالة معنى الوثيقة على تقدير سقوط الدين
مطلقا فالقياس على الحوالة ليس كما ينبغي الا ان يلتفت ذلك بناء على
زعم الشافعي رحمه الله فانه يرى الحوالة مسقطا للدين مطلقا على ما مر
قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون المعنى من مضمون ما لا يمكن الاستيفاء
منه الا بالاداء او بالابراء وكذا في الشاهان وفيه نظر لانه يخرج هذا المعنى بدل الكتابة

فانه يسقط بالتعجيز ايضا مع ان الرهن به صحيح نص عليه في فيض الزبدة وشرحه وغيره جوابه قال
بعض العلماء ان قوله مضمون احتراز عن بدل الصلح عن دم العمد والخلع والكتابة وانه ينتقض
بانه بدل الكتابة مما لا يصح به الرهن قوله والاستيفاء يتلو الوجوب فان قيل ليس له
اذا دفع ثوبا الى رجل على ان يقرضه عشرة دراهم صار الثوب رهنا وقد حصل الرهن قبل
وجوب الدين وقبل وجود سببه قلنا لا بل بعد سببه لان القرض يثبت ثم يجب الاعتبار لانه يقع
الثبوت بشرط القرض فاذا قبل الثوب يثبت القرض ثم يجب الاعتبار سابقا عليه كما في قوله اعتق عبدك
عني بالف درهم يثبت البيع سابقا على العتق فاذا ثبت القرض سابقا عليه حصل الرهن بعد وجود
القرض ثم حيث الاعتبار كذا في الذخيرة والشرح وهو بظاهره يقتضي ان القرض يثبت مقتضى كثبوت البيع
في قوله اعتق عبدك على الف درهم وذلك غير مستقيم لان القرض لا يمكن اثباته اقتضاء اذ القبض في
شرط الذي لا يحتمل سقوط عنه بحال وهو فعل حسي لا يمكن ان يثبت مقتضى ولهذا لا يثبت الهبة
اقتضاء في قوله اعتق عبدك عني بغير شيء حتى لو اعتق يقع العتق عن المأمور دون الآمر
على ما عرف فالظاهر ان يقال ان قبول الثبوت وعدم بالقرض والموعود كالموجود على ما سيجيء بيانه
قوله ويمكن ان يقال الخ فان قلت اذا وجب القيمة للمالك لزم اجتماع البدلين في حقه لان
ملكه لا يبطل عن المغصوب بالاتفاق حتى لو اعتقه المالك نفذ عتقه ولو باعه من غيره وله بينة عادلة
صح فلو ملك القيمة مع ملك العين اجتمع بدلان في ملك العين اجتمع بدلان في ملك واحد وانه باطل كما لم يجب
بان العين المغصوبة من يقول بوجوب القيمة بمجرد الغصب تخرج عن ملك المالك وجاز ان يدخل
في ملك الغاصب دخولا موقوفا وجاز ان يخرج الشيء عن ملكه ويكون له حق الاسترداد كالمبيع بيعا
فاسدا قوله الموجب الاصلي هو القيمة اي الغصب موجب للقيمة فاما رد العين فلما لا الغاصب
وذلك ان ردها يناقض الغصب والشيء لا يكون سببا لما يناقضه كالحدث لما كان منافيا للطاهر لم
يجعل سببا لها لا يقال المنافاة انما هي بين رد العين والغصب نحن لا نجعل الغصب سببا للرد بل لوجوب
الرد ولا منافاة بين الغصب ووجوب الرد اجيب بان الوجوب غير مطلوب بنفسه انما المطلوب
منه فعل الاداء مما يناقض فعل الاداء كان منافيا للوجوب حكما فلا يجعل سببا كالحدث لم يجعل
سببا لوجوب الطهارة وان كان لا منافاة بينه وبين وجوبها لانه يناقض الطهارة التي هي المقصود
منه وجوبها قوله على ما عليه اكثر المشايخ فيه نوع منافاة مع ما مر في كتاب الغصب من قوله و
رد العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص لانه قاصر وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد
رد العين هو مخلص لقوله وقيل بعد ما قال في قول الاول قالوا ابتداء ان الاول قول الاكثر
والله اعلم قوله ولهذا لا يبطل الحوالة المقيدة به هلاكه متصل بالتخريج السابق اي لاجل ان الغصب سبب
للوجوب لا يبطل الحوالة وذلك انما يبطل لان الفوات الى خلف كلا فوات ولا يمكن القول بخلف
للعين الاول ان يجعل سبب وجوبها ما هو سبب وجوب رد العين او للخلف لا يوجب الا ما يجب الاصل

ناقل من قيمته ومن الدين من هذه ليست بتفصيلة لفساد المعنى بل هو بيان الاقل قوله والزيادة مرهونة
صورته امتناع حبس الاصل بدونها لانه لو لم يجعل الزيادة المرهونة لودى الى الشيوع ونقول هو
الاتم المذكورة في مبسوط شيخ الاسلام وانما صارت الزيادة مرهونة لانه لا يمكن حبس قدر الدين الا بحبس الباقي
كما اذا رهن عبدا قيمته ازيد من الدين حيث لا يتميز الزيادة من الاصل فيثبت له حبس الكل حتى لو تميزت
الزيادة من قدر الدين لا يثبت حبس الزيادة بان كان الرهن عبدا قيمته الف درهم من الفاضل وارد حبس الكل
ليس له ذلك لانه امكنه حبس قدر الدين بدون الزيادة كذا في الشرح ويشكل على هذا نماء الرهن مثل
الولد والثمر واللبن والصوف فانه يكون رهنا مع ان حبس الاصل بدونه ممكن اللهم الا ان يعتبر
التبعية قوله لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك وهو معتبر لانه يحتمل ان يهلك بعد الاستيفاء ان
لا يكون هالكا قبل ذلك كذا في الحاشية وفيه نظر لان احتمال الهلاك بعد الاستيفاء لو كان معتبرا لكان
ينبغي ان يسلم الرهن اولا تسليم الرهن ثم الراهن تسليم الدين لانه لو سلم الراهن بعد الاحضار سلم
الدين اولا يتكرر الاستيفاء على اعتبار هلاك الرهن بعد اداء الدين لان يتوالى هلاك بعد الاحضار
مسلم قبل ان سلمه بادرا لا يعتبر قوله وان كان له حمل مؤنة ليستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن
قلت في هذا يفوت التسوية انما يجب في المبادلات والرهن انما حقيقة ولكن فيه
شبهة المبادلة من حيث انه استيفاء حقه قلنا فان قبض الدين لا يتوقف على احضار
الرهن في زمان لم يجب على المرتهن تسليمه وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف
قبض الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه الى هذا اشير في الشاهان
وفيه نظر لما عرف ان الرهن براس مال السلم والصرف والمسلم فيه صحيح فلو كان في الرهن شبهة المبادلة
لما صح من حرمة الاستبدال في باب الصرف والسلم والشبهة في الحرمات بالجمعة احتياطا فالاوجه ان يقال
التكليف فيما اذا كان الرهن غائبا يتضمن ضرر المرتهن بوجهين تاخيره في اداء الدين الى وقت
الاحضار بلزوم النقل من مكان الى مكان ولم يلزمه اما الراهن فلا يتصور الا بفوات
التسوية في زمانه حتى اولا لا يتأتى الراهن ايضا يتصور بوجه اخر وهو تكرر الاستيفاء على
اعتبار الهلاك لان الاستيفاء الحالي واجب النقض عند الهلاك برد ما استوفي الى الراهن فلا يلزم التكرر
في الحقيقة قوله وامره ان يودع غيره ففعل قلت قد عللوا المسئلة بان
الراهن لم يرض بيد المرتهن فلا يلزمه احضار ما ليس في يده الا يرى ان المرتهن لو
اخذه من العدل يكون غاصبا ضامنا فكيف يلزمه احضار شيء لو اخذه يصير غاصبا
كذا في الكافي وانه يشعر بان وضع الرهن في يد العدل وعدم تمكن المرتهن من اخذه منه
يكفي لسقوط احضار الرهن عن المرتهن فلا وجه لاشتراط الامر بالايداع ثم الايداع ثم ايداع العدل غيره
وجواب المسئلة لا يتوقف عليه كما يشعر به التعليل قوله لانه يصير مستوفيا لان الرهن بعد الهلاك بالقبض السابق
فان قلت ينبغي ان لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين لان حكم الرهن لم يبق بدليل انه مأمور بالدفع الى الراهن قلت

ع

استحقاق الحبس لاحتمال ان يستحق المودى فيظهر انه ما استوفى حقه فكان الحبس كذا في الشاهان وفيه نظر
لان ثبوت استحقاق الحبس يقتضي ان لا يؤمر بالرفع الى الراهن والمسئلة بخلافه فالاولى ان يقال حكم
الرهن لا ينتهي بانتهاء استحقاق الحبس بل بانتفاء القبض او الرهن وكلاهما باق اما القبض فظاهر
وكذا الرهن كما سيأتي في احد كتاب الرهن ان الدين لا يسقط بالاداء بل يتقرر قوله لان باذن
المالك في الظهيرية ذكر القاضي امام ابو القاسم يكره للمرتهن سكنى الدار المرهونة وان اذن له الراهن
لانها منفعة يجرها القرض وفي التتمة سئل الجيدي عن المرتهن اذا اباح له الانتفاع بالدار المرهونة هل
يدخل فيها غبار الربوا قال الاحتياط في الاجتناب قوله لان الزيادة على قدر الدين امانة فان قلت
بل كل الرهن امانة في بعض ما مر ان عين المرهونة امانة حتى يكون الكفن على الراهن والمضمون انما هو
المالية اذ الاستيفاء بالمالية على ما مر فلا فائدة للتخصيص الزيادة بكونها امانة صارت مضمونة بالتعدي لان
كل الرهن امانة بعين مضمونة بالتعدي والتضمين بالقيمة غيره بالدين اذ الاول يوجب ملك العين والثاني
لا يوجبه لا يقال انما خصها بالذكر لان قدر الدين من قيمة المرهونة لا يجب على الراهن بعد الاحضار
التعدي في ذلك القدر وعليه بمنزلة لانا نقول المضمون قبل التعدي انما هو المالية فاما العين فامانة بعد
يصير مضمونا يملكها المرتهن بعد التعدي ولا يملكه قبله فيجب ان يتعرض لضمان الكل بعد التعدي
ليعلم ان العين يدخل في ملكه بعده قوله واليمين واليسرى في ذلك سواء ولان العادة فيه
مختلفة وقد يقال لبس الخاتم في اليمين مهجور شرعا وهو كالمهجور عادة فكانه جعله بخنصر اليمين كجعله
في سائر الاصابع والدليل على انه مهجور شرعا ما ذكر في الخلاصة ويلبس في اليمين لانه تشبه بالروافض
وجوابه ان التختم باليمين غير منهي بل تركه افضل بدليل ما ذكر في شرح الكنز نقلا عن الذخيرة ينبغي ان
يلبس الخاتم في خنصر اليسرى دون سائر اصابعه ودون اليمين لان اللبس في اليمين علامة
الروافض واما الجواد فمتشابه باليمين واليسرى جميعا بكل ورد الاثر وهذا كلامه وهو دليل
على التختم باليمين جائز غير ممنوع الا ان تركه افضل قوله لتعلقه اي تعلق العشر بالعين فان قلت حق المرتهن ايضا
متعلق بالعين حتى كان له ان يحبسها قلت نعم ولكن تبع المالية لا مقصود الا ان له حق الاستيفاء
وانه انما يتحقق بقبض ما يجانس حقه والمجانسة انما هي بين الدين ومالية العين لكن قبض المالية
لا يمكن الا بقبض العين فثبت له حق حبسها ضمنا لا مقصودا والعشر متعلق بالعين مقصودا ولا
يخفى ان ما تعلق بالشيء مقصودا اقوى مما تعلق به ضمنا والاقوى مقدم قوله لانه وجوبه لا ينافي ملكه اي ملك
الراهن يعني ان العشر يجب في ذمة مالك الارض مطالب باداء الغرامة ما قبل الاداء فهو
باق على ملك صاحب الارض حتى لا يكون الخارج مشتركا بينه وبين الغرماء فيكون الكل رهنا الا انه
مع كونه داخلا في الرهن يتقدم حق الغرماء بخلاف ما لو استحق جزء شائع حيث يظهر ان المستحق لم يدخل
في الراهن مودي الى الشيوع قوله واما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امره
فهو غير مضطر فيه لانه يمكنه ان يرفع الامر الى القاضي حتى يأمره بالاتفاق ان كان حاضرا وان كان غائبا بامر الحاكم

بالاتفاق عليه فان قلت يجبر الراهن اذا قضى دين المستعير يرجع بما قضى وان ابى رفع الى القاضي حتى يأمر المستعير بالقضاء قلت المعير يحيي ملكه والمرتهن يحيي حقه بالاتفاق على الرهن والحق دون الحقيقة فشرط لنفي التطوع في احياء حق ان لا يمكنه على انه سوى ما صنع ولم يشترط ذلك في احياء الملك كذا في الشاهان وهو يشكل بما اذا اشترى رجلان عبدا فلم يقبضاه حتى غاب احدهما فللآخر ان ينقد كل الثمن فلا يكون متبرعا في نصيب صاحبه لانه يمكنه ان يرفع الامر الى القاضي بان ينقد نصيبه فيمكنه قبض نصيبه من العبد فلا يكون مضطرا فيه كذا ذكر في مسائل المنثورة من كتاب البيوع فالشريك في هذه المسئلة يحيي ملكه كالمعير مع انه يشترط لنفي التطوع ان لا يمكنه المرافعة الامر الى القاضي فيشترط في المعير ايضا وليس كذلك الا ان يقال ملك الشريك ناقص بكونه الشركة وملك المعير كامل من كل وجه لنفي التطوع في احياء الملك العاجز لا يمكنه بطريق الا حال حضرة صاحبه دون حال غيبته فلم يشترط ذلك في احياء الملك الكامل في الحالين واشترط في احياء الحق في كل الاحوال فلم يشترط في المعير اصلا لانه يحيي ملكه الكامل وشرط في حال حضور صاحب في مسئلة الشراء دون حال غيبته لانه ملك قاصر وشرط ذلك في الحالين في الرهن لانه حق لا حقيقة والله اعلم

باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز

رهن المشاع سواء كان شاعا يحتمل القسمة اولا وسواء رهن من اجنبي او من شريكه الطاري يبطل الرهن هو الصحيح وصورته ان يرهن جميع العين ثم يتفاسخا العقد في النصف او ما اشبه ذلك كذا في الشرح وفيه نظر لان الرهن لا ينفسخ بالقول ما لم يرده الى الراهن والرد يقع على العين دون المشاع فارد البعض للعين على وجه الفسخ بقي الباقي وهو متعين رهنا من غير شيوع فكيف يتحقق الشيوع عند التفاسخ منه في النصف اللهم الا ان يقال اذا فرضت صورة التفاسخ فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة فانهما لو تفاسخا الرهن في نصف العبد المرهون ورد ذلك النصف الى الراهن على وجه الفسخ بقي الرهن في الشائع وطريق رد ذلك ان يرد كله اليه بعضه بحكم الفسخ وبعضه لا بحكمه وهذا الطريق يمكن ان تفرض صورة التفاسخ فيما يحتمل القسمة ايضا قوله وانه اي حكم الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفاء اي قصداء وهذا اي ثبوت يد الاستيفاء مقصد الا مقصود وانما قيد بقصد القصود ثبوت اليد على المشاع الابدي ان المشاع اذا بيع جاز بيعه ولم يحتمل القبض اصلا لم يجز لان ما لا يحتمله كالهالك وكذا الشيوع ينافي القبض مع انه يحتاج الى القبض وكذا الهبة فيما لا يحتمل القسمة جايز لصفة الشيوع مع انها لا تتم الا بالقبض وفي الكافي ولنا ان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء في الجزء الشائع لا يتحقق لان اليد حقيقة لا تثبت الا على جزء معين فان قيل الشيوع لا يمنع حقيقة الاستيفاء فان من كان له على غيره عشرون درهما ليستوفي حقه منه بجبر ستوفيا من النصف الشائع واذا لم يمنع الشيوع حقيقة الاستيفاء فكيف يمنع ثبوت يد الاستيفاء قلنا موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفى والشيوع لا يمنع الملك وموجب الرهن يد الاستيفاء منظور اذا لا يتحقق في الجزء الشائع هذا كلامه وفيه بحث لان

ملك المستوفي حكم الاستيفاء لا عينه انما الاستيفاء هو قبض مثل حقه من مال المديون والشايع لا يقبل القبض الذي هو عبارة عن اثبات اليد فالاولى ان يجاب بان حكم الرهن لا يثبت بالقبض الكامل بحكم الهبة اذ القبض فيها منصوص عليه في كتاب الله تعالى فرهان مقبوضة وقال عليه السلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة فينصرف الى الكامل ولذا لا يقبل القبض الكامل وان يقبله في رهن قبض الكل وانه قبض قاصر لانه قبض من وجه فلا يتناوله المنصوص المنصرف الى الكامل اما الاستيفاء والحقيق تكفيه القبض القاصر لان ما يوجب اشتراط الكامل فيه وهو التنصيص على اشتراط القبض لم يوجد فافهم قوله والاصح ان موجب الرهن اي مفهومه ومدلوله فالوجه الاول بناء على ما هو مدلول لفظ الرهن قوله لم يشرع الا مقبوضا بالنص اي لم يعرف شرعيته بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة الا حال كونه مقبوضا فلا يكون مشروعا بدون هذا الوصف الا مقبوضا بالعدم وورود النص بشرعيته عن مقبوضه على العدم الاصلي قوله وهو الاستيفاء وحاصل الكلام ان الشرع ما شرع الاستيفاء الا الرهان المقبوضة فلا يكون مشروعا بدون هذا الوصف ولو جاز في الشائع لزم شرعيته بدونه اذ لا بد من الملابات قوله بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو ما لا يقسم قلت ذكر المصنف رحمه الله في كتاب الهبة لعدم جواز الهبة في المشاع وجهين احدهما لزوم غرامة القسمة ثانيهما ان القبض في الهبة منصوص عليه فيشترط كماله ولا يتحقق كمال القبض في المشاع وفيما لا يحتمل القسمة ان لم يوجد الوجه الاول فقد وجد الثاني لا محالة فينبغي ان لا يتحقق الهبة فيه ايضا كالرهن الا ان يقال النص معلل بغرامة القسمة فلا يشترط كمال القبض الا فيما يلزم بهذا العذر وهذا كما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض ثم جوزنا بيع العقار قبل القبض لان النص معلول بغرر الانفساخ على تقدير الهلاك ولا غرر في العقار لندرة هلاكه قوله ولا يجوز من شريكه لان موجب العقد لا يتحقق فيما اضيف سواء كان مع الشريك او مع الاجنبي بخلاف الاجارة من الشريك فانها تجوز ان الشيوع المؤثر هناك لا لان موجب العقد ينعدم به بل لانه يتعذر الاستيفاء المعقود عليه على الوجه الذي يوجبه العقد فان استيفاء المنفعة يكون من جزء عين وذلك لا يوجد في الاجارة من الشريك فانه مستوفي منفعة الكل فيكون مستوفيا ما استاجره على الوجه الذي استحقه بالعقد وبان لا يمكن استيفاء المعقود عليه لا بما لم يتناوله العقد لا يمتنع جواز العقد كبيع الرهن فان استيفاءه لا يمكن الا بالوعاء ثم لا يمتنع به صحة العقد كذا في الشاهان وفيه نظر لما عرف ان استيجار احد زوجي المقراض لمنفعة قرض الثياب لا يجوز لعلة انه لا يمكن استيفاء المنفعة المعقود عليها لا يتناوله العقد فلو لم يتعذر الاستيفاء الا بما يتناول العقد بعد الم كان استيجاره لانه لا يمكن الاستيفاء المنفعة منه بضم الآخر اليه وجوابه قد ذكرنا في الاجارة في اجارة المشاع فعليك به قوله وعن ابي يوسف انه اي المشاع الطاري لا يمنع لان حكم البقاء اسهل ووجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء وقد يقال ان حكم الرهن يتحقق في المشاع الابدي انه لو باع نصف داره على ان المشتري فيه بالخيار ثلاثة ايام فان فسخ المشتري العقد في البيع

على حكم الرهن ان هلك الثمن فان دخله عيب سقط من الثمن بقدره فلو لم يكن الشائع محلا للرهن وقابلا لحكم لما تحقق حكم في الشائع اصلا وحيث تحقق حكمه فيه علم انه محل له الا ان يقال الشائع محل لحكم الرهن من حيث انه يقبل الحبس الدائم في ضمن حبس الكل وليس بمحل له من حيث لا يقبله مقصودا فافتقلنا انه لا يقبل الرهن العقد عليه ابتداء لا بقاء ويقبل الرهن الضروري كما في مسئلة المذكورة عملا بالاعتبارين قوله وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء فيه سواء فان قلت ان الخمر العصير قبل القبض يبقى العقد مع ان الخمر ليس بمحل للبيع حتى لو باعه كان باطلا قلت الخمر محل للبيع من وجه اي من حيث انه مال ومن اي من حيث انه غير متقوم وما لا يكون محلا للعقد من وجه فالعقد لا ينعقد فيه ابتداء ويمكنه ويبقى منعقدا لما كان كالمعتدة فانه محل للنكاح من وجه فيبقى النكاح فيه لا ينعقد ابتداء فان قلت المشاع ايضا محل للرهن من وجه دون وجه لانه محل بحيث من حيث انه يقبل في الغبض حتى يدخل في ضمان المشتري اذا باع المشاع وسلمه اليه سلم الكل وليس بمحل من حيث انه لا يحتمل القبض حتى يدخل في ضمان المشتري الشائع على اعتبار حكم الرهن وان كان محلا له من وجه كما قررت فهو من حيث موجب الرهن ومدلوله ليس بمحل له اصلا وانتفاء المحلية من كل واحد على اعتبار بعض الوجوه يكفي للاستواء الابتداء والبقاء فيه وفي النكاح فان قلت اذا زوج الاب ابنه من مكاتبه جاز ولا يبطل بموت الاب وان تزوجت مكاتبة ابتداء لا يجوز قلت لان المكاتب لا يملك بسبب من الاسباب فكذا بالوراثة فيما اذا تزوجت مكاتبها انما لا يجوز لان الملك ثبت لها من وجه كنكاح المملوك من وجه او من كل موت الاب لا يجوز ايضا كما لو تزوجت مكاتبها ويبقى النكاح في مكاتب الاب لو تزوجها في حيوته فقد يبقى النكاح في مكاتب ابيها لا ثابت هنا فالوجه هنا فالوجه ما ذكرنا ان ما يكون محلا من وجه دون وجه فالبقاء فيه يخالف الابتداء وما لا يكون محلا اصلا فيما فيه سواء ومكاتب الاب بعد موته تصير كمكاتبها فيبقى فيه النكاح لو تزوجها حال حيوة الاب لانه محل للنكاح من حيث انه حر ولا ينعقد النكاح فيه ابتداء لانه ليس بمحل من حيث انه عبد قوله لان الشجر اسم للنابت فيكون انتفاء الاشجار بمواضعها مشكل اذ كون الشجر اسم للنابت حتى لا يسمى بعد القطع شجرا لا يستلزم ان يكون اسما للنابت المثبت جميعا حتى يكون استثناء الشجر استثناء الارض الذي متعلقه اذ لو كان الشجر اسما للنابت والمثبت جميعا وانه ممنوع الا ان يقال المثبت وان كان ليس بداخل في مفهوم الثابت حقيقة فهو داخل في مفهومه حكما من حيث انه لا يسمى ثابتا الا وهو على الارض فكان الارض داخلة في حقيقة بخلاف البقاء فانه يسمى بعد القطع ايضا قوله لان قبض الرهن مضمون اي مضمون بالدين فلا بد من زمان ثابت لا دين ثابت على المرتهن يقع قبضه مضمونا بذلك الضمان قوله بقي رهنا بحصته يشكل بما مر في الهبة من انه لو استحق عوضها نصف العوض لم يرجع في الهبة حتى يرد ما بقي رهنا وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الاخر ولنا انه يصلح

عوض الكل من الابتداء والاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو لا انه يتجزى لانه اسقط حقه في الرجوع لا التسليم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرده هذا كلامه وهذا التعليل الذي ذكره يقتضي ان يبقى الباقي رهنا بالكل ايضا لظهور ان ما بقي بعد الاستحقاق يصلح رهنا من الابتداء وهذه من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه ما رهن لا الباقي فصار كانه رهن هذا القدر من الابتداء وهو وهذه من الابتداء رهنا بالكل وكذا احد الاستحقاق والفرق بين بعض الرهن واستحقاق بعض العوض حيث لا يبقى الباقي بعد الاستحقاق رهنا بالكل بل بحصته من الدين ويتوقع الهبة عوضا عن الكل محتاج الى مزيد تأمل قوله ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن الخ قلت هذا بعمومه يقتضي ان لا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمله ولكنه لا يكاد يستقيم فيما لا يحتمل القسمة لما ذكرنا ان الرهن لا ينفسخ بمجرد القول وانما ينفسخ بالرد والرجوع على الحال الذي يرجع الى الشيوع فينبغي ان لا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن فيما يحتمل القسمة وجوابه قد مر قوله لان الشجر اسم لنابت على الارض والثابت على الارض بدون الارض لا يتصور فصارت الارض به من توابعه فيدخل بذكره فاما البناء فاسم لما يبنى منه الحائط كذا ذكره اهل اللغة وذكر صاحب الايضاح ان البناء عبارة عن التقضي والمراد الشيء الذي يسمى به الحوائط قوله لان الرهن في مجاورة غير مانعة عن قبض المرهون وحده بخلاف الثمر الشجر فانه يمنع قبض المرهون قوله لان الفتى غير واجب الخ قلت ما يقول فيما اذا كان المبيع مقبوضا بعيره كالمبيع بيد المشتري بعد الاقالة قبل الرد الى البائع فانه مضمون بالثمن حتى لو هلك هلك بالثمن اجيب بانه ايضا ليس بمضمون اذ الثمن لا يجب على المشتري بعد الاقالة بدلا عن المبيع الهالك بل يرتفع الاقالة ويعود البيع فيلزم الثمن بالعقد لا بالهلاك والمضمون ما يجب تسليم عينه حال البقاء وتسليم بدله حال الهلاك بسبب الهلاك قوله لانه اي الحمل شاغل لها فلا يكون الدابة فارغة فلا يتحقق التخلية التي هي عبارة عن رفع الموانع وذلك لان المرهون متى كان مشغولا بملك الراهن كان في يده وبيده مانعة عن تحقق يد المرتهن لتعذر اجتماع اليدين قوله واما الكفالة فالتزام المطالبة والالتزام الاغال يصح مضافا الى المال وفيه بحث لان الكفالة ايضا تمليك المطالبة حتى لا يصح لا بقبول المكفول له في المجلس قال المصنف رحمه الله فيما بعد ولا يصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد الى ان قال ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة فيتقوم بهما جميعا والموجود شطر لا يتوقف على ما وراء المجلس هذا لفظه فظهر ان الكفالة تمليك المطالبة كما ان الرهن تمليك اليد فينبغي ان يستويا في صحة الاضافة الى زمان في المستقبل اذ لا مدخل وجوابه ان الكفالة تشبه النذر من حيث انه التزام كالنذر وتشبه البيع من حيث انه تمليك المطالبة فاعتبر في بعض الاحكام معنى التمليك وفي بعض معنى الالتزام اعتبارا اعتبرنا معنى الالتزام في صحة الاضافة الى المال لمساس الحاجة الى الاضافة فانه قد لا يؤمن الشراء بالكفالة بالدرك فتعين اعتبار التمليك في غيرها في اشتراط القبول في المجلس كونه دوجه لانا لو وجدنا في الكفالة معنى التمليك والالتزام وقد امكننا اعتبار المعنيين في تعليق الكفالة بالشرط فان التعليق به على نوعين شرط متعارف وتعليق شرط غير متعارف

فصح علوها بالمتعارف من المتعارف عملا بجهة الالتزام ولم يصح تعليقها بغير المتعارف منه عملا بجهة التمليك ولا
تمكك القول بالشبهين في توقف القبول على ما وراء المجلس فتعارض فيه الشبهان فلا يثبت التوقف
بالشك والاحتمال قوله ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكم كالمقبوض
على سوم الشراء او قد يشكل بهذا ما اشار اليه المصنف رحمه الله في باب البيع الفاسد في تعليل كون احتجوله
من ان جهة الشيء انما يلحق بحقيقته في محل تقبل الحقيقة وهذا المحل يقبل الحقيقة والرهن فيما لا دين هناك
لا تقبل حقيقة الرهن ولا يلحق به توضيحه ان الدين بجهة البيع انما يلحق بحقيقته اذا كان المحل يقبل الحقيقة والرهن فيما لا دين هناك
لا حقيقة ولا حكما باطل فلا يلحق جهة فيه بحقيقته فالتعليل الثاني اعني قوله لانه مقبوض بجهة الرهن لا
لا يخلو عن تأمل وايضا لو اخذ الرهن بالدين بالدرك لم يملك في يده يجب ان يهلك مضمونا لانه اخذ بجهة الرهن
فيلحق بحقيقته هذا ان الرهن به ان كان باطلا مقبوض بجهة الرهن البتة فيجب ان يكون مضمونا
كالمقبوض ام الولد والمدبر بحكم البيع وان كان باطلا فهما مضمونان بالقبض عندهما وهو رواية عنه
باعتبار انهما مقبوضان بجهة البيع فيجب ان يكون الرهن بالدرك مضمونا عندهما ايضا باعتبار
انه مقبوض بجهة الرهن والجواب عما عن الاول فلان الرهن ان كان لا ينعقد الا بالدين
فلا يخفى لن محل الرهن هو العين المرهون دون الدين فيمكن ان تحقق جهة الرهن فيما هو محله بخلاف
ام الولد عنده فانه ليس بمحل للبيع فلا يتحقق فيه جهة واما عن الثاني فلان ام الولد والمدبر بقبيل ان
البيع ويدخلان فيه في الجملة حتى لو باع عبدا مع ام الولد والمدبر جاز البيع ولا يكون بيعا بالحصة ابتداء
فيمكن القول فيه تتحقق بجهة البيع بخلاف الرهن بالدرك فانه باطل من كل وجه فلا يتحقق فيه جهة الرهن
لبطلانه وكونه في حكم العدم من كل وجه فان قلت ان الدين الموعود ان جعل كالمحقق فلا حاجة الى
الاعتبار بجهة الرهن اذ الرهن بالدرك باطل وفيه لا يعتبر جهة الرهن حتى لا يكون مضمونا فكذا هنا
اجيب بان الموعود كالمحقق البتة ثم بعد ان يكون كالمحقق هنا اعتباران احدهما ان يجعل الدين الثابت حكما كالثابت
حقيقة في الانعقاد حقيقة الرهن والثاني ان يجعل للدين الحكمي اثر في تحقق جهة الرهن دون حقيقته وذلك
انه لو كان محققا حقيقة كان الرهن به رهنا حقيقيا لكن كان متحققا حكما يكفي لتحقق جهة الرهن
اثبات للشيء بقدر الدليل بخلاف الرهن بالدرك فانه لا دين هنا لا حقيقة ولا حكما فلا يثبت فيه
جهة الرهن ايضا قوله والرهن بالدرك بان يبيع رجل سلعة وقبض ثمنها وسلمها وخاف المشتري
الاستحقاق فاخذ الثمن من البائع رهنا قبل الدرك فانه باطل قوله والا
ستيفاء قبل الوجوب لان الواجب هو الذي يستوفى وضمان الدرك
وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع لا يجب قبل الاستحقاق كذا في الكافي
وفيه نظر لان الثمن المودى الى البائع يجب دينا للمشتري عليه قبل
الاستحقاق لمكان المقابضة على ما عرف ان قضاء الدين
انه يجب للمديون بالاداء دين على الطالب ثم يقع المقابضة فعلى هذا كان الرهن

٣٠٠

بالثمن قبل الاستحقاق رهنا بالدين وانه جائز الا ترى انه يبقى الرهن بعد اداء الدين لما سيأتيك بيانه
ان شاء الله تعالى قوله ولا استيفاء قبل الوجوب مسلم ولكن عدم وجوب الثمن للمشتري على البائع ممنوع على
ما ذكرنا من صورة قضاء الديون وجوابه ان دين المديون ان كان يجب على رب الدين فيلتقي الدينان
قصاصا ولكن الرهن انما يصح بالدين اذا امكن استيفاؤه وما يجب للمديون على الدائن غير ممكن الاستيفاء
لعدم الفائدة فلا يصح الرهن وهذا لان الرهن شرع وثيقة لجانب الاستيفاء فلا يشرع لا في موضع
يمكن الاستيفاء قوله وان افترقا قبل هلاك الرهن بطل لفوات القبض حقيقة وحكما
وفيه بحث لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ما مر وانه يشعر بان الاستيفاء يحصل بمجرد قبض
الرهن لكنه غير متقرر يحتمل النقض بالرد الى الراهن فان لم يرد اليه حتى هلك تم الاستيفاء من حين قبضه
فيجب ان لا يبطل عقد السلم او الصرف اذا افترقا قبل الهلاك لانهما افترقا عن قبض ويتقرر بعد النقض بالهلاك
ويجب ان يكون الامر في الحال موقوفا ان هلك في يد المرتهن صح العقد لوجود التقابض في المجلس وان رد بطل
فاما الحكم ببطلانه بمجرد الافتراق قبل الهلاك فمشكل قوله بطل السلم ومعناه ان يصير مستوفيا للمسلم
فيه فلم يبق السلم وقد نوقش بما سيأتيك ان الاستيفاء يتقرر الدين ولا يسقط فيتقرر المسلم فيه في ذمته مما كان
وتقرره يوجب تقرر السلم والجواب عقد السلم بالاستيفاء ينتهي نهايته وقد نقل المصنف رحمه الله في غير موضع ان الشيء
بانتهائه يتقرر فلم يستقم تاويل البطلان بعدم البقاء ايضا قوله فصار كالمغصوب اذا هلك في يده
رهن يكون ذلك رهنا بقيمته هذا التشبيه غير ملائم لما مر ان الرهن بالمغصوب انما يصح من حيث ان الموجب
الاصلي للغصب هو وجوب القيمة وانها دين او من حيث ان الغصب سبب لوجوبها فيعتبر واجبا حكما كالدين
الموعود واما ما قال الرهن المغصوب ليس الا رهنا بقيمته من الابتداء الا انه كان رهنا بالعين ثم اذا هلك يصير رهنا
بالقيمة حتى تظهر مستثنيا وكيف يكون رهنا بالعين والرهن لا يصح الا بدين مضمون فلا بد من اعتبار القيمة
ليصح الرهن فكانه شبه بالرهن بالمغصوب نظرا الى الصورة فان الرهن يكون بالعين صورة ثم اذا هلك يصير رهنا
بالقيمة قوله ولانه لا بدل له وفيه بحث لظهور ان رب السلم انما يرجع بما ادى الى المسلم اليه عند فسخ السلم
فلا لبطلان المقاصة بينهما عند سقوط المسلم فيه بالاقالة وذلك انه يجب لرب السلم على المسلم اليه بتسليم رأس المال
ما وجب له عليه بمقابلة المسلم فيه فيلتقيان قصاصا ثم اذا سقط المسلم فيه بالتفاسخ لا يبقى لرب السلم على المسلم اليه
المقاصة فيكون له ولاية المطالبة بدينه الذي وجب له عليه بتسليم رأس المال لا انه يجب على المسلم اليه عند الاقالة
رأس المال الذي سلم اليه بمقابلة سقوط المسلم فيه حتى يكون بدلا عن المسلم فيه فيكون الرهن به رهنا برأس
بل هو دين آخر والرهن بدين لا يكون رهنا بغيره الا بهته الا ان يقال يعتبر بدلا له اعتبارا من حيث انه
يثبت له حق الرجوع بقدر رأس المال بعد بطلان حقه في المسلم فيه وانه يكفي لبقاء الرهن قوله وان كان يحبوسا
بغيره قلت لا وجه لكون الرهن مضمونا الا كونه مستوفيا دينه ولا استيفاء الا بالجنس فيجب ان لا يكون مضمونا
الا اذا حبس به فكيف يكون محبوسا برأس المال مع كونه مضمونا بالمسلم فيه فالمشتري شراء فاسدا في ضمن بجهة
انه محبوس بالدين حتى انه لو لم يكن محبوسا بان يكن الثمن منفردا كان مضمونا ايضا بل هو مضمون باعتبار القبض

بغير اذن الشرع فصار كالغصب في ان يكون مضمونا بالقيمة محبوسا بالثمن فاما للراهن فلا وجه لكونه
مضمونا سوى ان يصير مستوفيا دينه لجنسه فاذا لم يكن محبوسا به وجب ان لا يكون مستوفيا له قوله انه يجب
لاخذ المبيع قلت لو كان محبوسا لاخذه لصار رهنا وانه عين غير مضمون بنفسه قد سبق ان الرهن
لا يجوز الا بدين مضمون بنفسها اي بقيمتها والمبيع بعد الاقالة وان كان مضمونا بالثمن فهو مضمون بغيره
وانه ليس بمحل للرهن وما يرجع الى المحلية فالابتداء والبقاء فيه سواء قوله وقيام المانع في
الباقين وهو انهم لا يحتملون النقل من ملك الى ملك وجوابه الا الرهان الواجب الاستيفاء باليد دون
الرقبة والمدبر ان كان لا يحتمل النقل الى ملك فهو يحتمل ان يثبت به غير ان يدخل في ملكه والرهن لا يدخل
في ملك المرتهن لا عينه ولا ماليته اذ العين امانة واما المالية لا يحتمل الملك لكونه واصفا انما يصير مستوفيا
باثبات اليد على مالية المرهون والعين كالكيس لطائفة من الدراهم وهذا النوع من الاستيفاء تم
في مالية سواء كانت العين مما يحتمل التمليك كالقن او لا كالمدبر وام الولد قلت ان حكم الرهن عندنا
ان كان هو اثبات يد الاستيفاء الذي عليه كحقيقة في مالية سواء قبل التمليك من عينه او لا لكن ذكر
حكمه في صورة الراهن اما بعد غاية فحكمه هو تعينه للبيع واستيفاء الدين من ماليته بالبيع كما نص المصنف
رحمه الله عليه في بعض المواضع من كتاب فلا بد وان يكون المرهون صالحا لاستيفاء الدين من ماليته
بالبيع والمدبر وام الولد لا يصلحان لذلك ولا يكونان محل الرهن وايضا الاستيفاء الحكمي الحاصل
باثبات اليد على المالية يجب جعل خلفا عن الاستيفاء الحقيقي ولا شئ لان يكون محلا للحكمي الا اذا كان
محلا لاصله وما لا يحتمل الانتقال من ملك الى اخر ليس بمحل للاستيفاء الحقيقي لانه لا يتصور الا بالانتقال
من ملك الى ملك فلا يكون محلا لما هو خلف عنه وهو الاستيفاء الحكمي الى حصل باثبات اليد فقط اذ لا بد
للخلف من تصوير الاصل قوله فالخمر مضمون عليه كما اذا غصبه لانه اخذه بغير اذن الشرع فيكون
العقد فاسدا فصار كالغصب بخلاف ما اذا هلك الرهن بالبيع وانه اذا هلك هلك بغير شئ ولا يكون كالغصب
وان قبضه بغير اذن الشرع لبطلانه ولا حكم للباطل واما الخمر من المسلم ففاسد لانه يصح الى الذمي لانه متقوم
في حقه ولم يصح نظرا الى المسلم فقلنا بفساده عملا بالشبهين وللفاسد من المعقود حكم فالحقناه بالغصب
وفيه نظر اذ لو كان قبض المسلم الخمر الذي كم رهنه في حكم الغصب لانه قبض بغير اذن الشرع
وجب ان يكون الخمر مضمونا من القيمة وقد نص في الكافي ان الخمر الذي ارتهنها المسلم من الذمي مضمون بالاقل
من الدين والقيمة وبالجملة ان ضمانه ان كان بحكم انه مقبوض العقد الفاسد والقبض به كالقبض بالغصب
لزم ان يكون مضمونا بالقيمة دون الاقل من القيمة والدين وانه حكم الراهن الصحيح اعتبره بالبيع فان المقبوض بحكم
البيع الصحيح مضمون بالثمن والبيع الفاسد مضمون بالقيمة فكذا المقبوض بحكم الرهن الفاسد يجب ان يكون مضمونا
بالقيمة كالمقبوض بالبيع الفاسد فجعل هذا القبض بحكم العقد الفاسد والحاقه بقبض الغصب يوجب ان يكون مضمونا
بالقيمة بالغة ما بلغت والله اعلم ثم ما ذكر في الكافي من انه مضمون بالاقل من الدين والقيمة ايضا مشكل لما مر من انه
لا يجوز رهن المسلم وارتهانه الخمر لتعذر الايفاء والاستيفاء فلو كان مضمونا على المسلم بالاقل من الدين

الدين والقيمة لكان مستوفيا به اذ لا معنى للاستيفاء سوى كون الرهن مضمونا بالاقل من الدين والقيمة لان تعذر
الاستيفاء وعدم جوازه شرعا لا عدم تحققه او عدم امكانه قوله لدين واجب ظاهرا فان قلت نعم ولكن
لا معتبر بالظاهر مع التيقن بخلافه وقد تيقن بخلافه اذا ظهر بطلان البيع وايضا وقد عرف ان ابقاء الرهن
ببقاء الدين والقبض جميعا حتى لو فات بطل الرهن كما لو ابراه وظهور ان الدين لم يكن لا يكون ادنى وان يسقط
بعد الثبوت بالابراء والرهن يبطل بعد الابراء فبعد ظهور بطلان البيع وعدم وجوب الدين اولى اجيب
عن الاول بان التيقن بعدم الدين حادث وحدوثه لا ينافي ان يكون سببه قبل حدوثه الاستيفاء بعد ان كان
الدين ثابتا حين القبض ظاهرا فاذا استوفاه بالاسترهان فقد قبضه بداعي علمه من الدين ثم لما ظهر انه لم يكن عليه دين
تبين انه استوفاه ولم يكن له حق استيفاء فيجب رد ما استوفى الى من استوفى منه كما لو استوفاه حقيقة ثم ظهر عدم الدين
قوله ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون هذه المسئلة انما يتصور في الدين المؤجل اذ لو كان
حالا يصير المرتهن مستوفيا حقه بنفس القبض لانه ظفر على جنس حقه كذا في الشرحان وفيه نظر لما ذكره في
الشرحان قبيل كتاب العتاق ان رب الدين انما يأخذ عند الظفر بجنس حقه اذا امتنع المديون عن الايفاء اما اذا
لم يعلم امتناعه بان كان غائبا فلا يأخذ فهذا يدل على ان هذه المسئلة متصورة في الحال من الدين ايضا لانه يمكن
ان يكون الدين حالا ولا يأخذه المرتهن وان ظفر بجنس حقه لعدم العلم بامتناعه ولئن سلم ان العلم بامتناعه
ليس بشرط فليس ان الدائن يصير مستوفيا اذ لو وقع في يده من مال المديون ما يجانس حقه شئ راوح
بل له ان يأخذه ولو لم يأخذه استيفاء فله ذلك ايضا تؤيده ما ذكر في الذخيرة حيث قال لو على اخر
الف درهم فقال المديون لرب الدين امسك هذه الالف الوضح بحقك واشهد لي بالقبض وهذا اقتضاء
ولو قال امسك هذه الالف الوضح حتى اتيك بحقك واشهد بالقبض فهذا رهن قوله ولا
الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا اي لا وجه الى الاستيفاء باعتبار القيمة لانه لو صار مستوفيا من دينه
ثمانية اعتبار القيمة لصار مستوفيا من دينه ثمانية بعشرة من حيث الوزن فيكون ربوا كذا في الكافي
وفيه نظر لان استيفاء ثمانية من دينه بعشرة من حيث الوزن انما يلزم ان لو كان الاستيفاء عند اعتبار
القيمة بالعين لا بالمالية وليس كذلك لما مر ان الاستيفاء يقع بالمالية والعين امانة فكان الاستيفاء
عند اعتبار القيمة بالمالية دون العين وبقي الموزون على ملك الراهن وماليته لا تزيد على ثمانية فكان مستوفيا
ثمانية من دينه بثمانية من مالية الرهن فلا يؤدي الى الربوا على الوجه المذكور ولئن قلت معناه انه لا وجه
الى التضمين بالقيمة بجنسها لانه يؤدي الى الربوا اذ لو ضمن عشرة من حيث الوزن بثمانية لزم ان يملك العشرة
بالثمانية وهو ربا فقصرنا الى التضمين بخلاف الجنس قلت فيه ايضا اشكال لامكان التضمين بجنسها
جيد الاربع انه لو انكر الاربوع رقيقة اول من وزنه فانه يضمن بقيمة جيد من خلاف جنسه او وزنا من جنسه
بالاتفاق فلا رد التضمين بالجنس ربا في صورة الهلاك ايضا اللهم الا ان يحذف المعطوف اي قصرنا الى التضمين
بخلاف الجنس او لجنسه ربا وهكذا في قوله وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه اي من خلاف جنسه او لجنسه ربا او
حاصل تعليلهما ان الاستيفاء هنا متعذر لانه ان كان بالوزن لزم الضرر بالمرتهن ويبطل حقه في الجودة وان كان

بالمالية لزم اعتبار الجودة عند المقابلة بالجنس وهي ساقطة عند المقابلة لقوله عليه السلام جيدها
ورديها سواء فيتعين التضمين بالقيمة يجعلها جيدا متعذر لما فيه من الربوا فصار الى التضمين
بخلاف جنسه او بجنسه رديا والله اعلم قوله وينتقض القبض اي الاستيفاء وذلك
ان استيفاء الدين قد حصل بالهلاك والحاجة الى نقضه دفعا للضرر عن المرتهن فصرنا الى النقض
لينتقض استيفاؤه ويجعل الضمان مكان الرهن الاول فيتمكن المرتهن من استيفاء حقه
كملا فان قلت ما ذكر ابو يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه
من الضرر بالمرتهن يشكل بجميع صور الرهن لان المرتهن يصير مستوفيا دينه بالهلاك بالرقبة
وفي جعله مستوفيا باليد ابطال حقه في ملك الرقبة فينبغي ان يصار الى التضمين لينتقض لينتقض
الاستيفاء الحكمي فيتمكن المرتهن من الاستيفاء يدا ورقبة دفعا للضرر عنه قلت
هذا الضرر متحمل بالنصوص التي هي ناطقة باستيفاء المرتهن حقه من الرهن بالهلاك ولا نص في تحمل
الضرر بلحقه بابطال حقه في الجودة فبقي على ما يقتضيه القياس على انه لا فائدة في هذا التضمين
للقطع بانه لا فائدة في ضمان قدر الدين ثم الرجوع عليه بمثله والفائدة هنا متحققة حيث يفوت حقه
في الجودة قوله ويجعل مكانه اي الضمان مكان الرهن ثم يتملكه اي يتملكه الراهن بقضاء الدين فيملك
الراهن ما جعل مكان الراهن الاول وفي بعض الحواشي اي ثم يتملكه المرتهن وهو لا يصح لان تملك المرتهن
اياه لا يخلوا اما ان يجعل ذلك المضمون رهنا مكان الاول ثم يتملكه المرتهن او يتملكه قبل ان يجعله رهنا
مكان الرهن الاول فان جعلناه رهنا ثم تملكه لا يصح لان ذلك حكم جاهلي ولو قلنا بانه يتملكه قبل
ان يجعله مكان الرهن الاول كان مخالفا لرواية في مبسوط شيخ الاسلام والاسرار وشروح الجامع
الصغير وغيره كذا في الشرح قلت جاز ان يراد الاول اي يتملكه المرتهن يدا بعد جعله رهنا مكان الاول من حيث
المالية تملكا غير متقرر كما هو الحكم في سائر صور الرهن اذا المرتهن يتملك بالمالية الرهن يدا لجود الرهن ولكن
هذا التملك غير متقرر لاحتمال النقض باداء الدين ورده الى الراهن حتى لو هلك في يد المرتهن يتقرر ذلك
التملك فعلى هذا يصح ان يكون الضمير في يتملكه للمرتهن ولا اغلاق انما يلزم ان لو كان المراد بالتملك هو الاختصاص
الكلي بحيث لا يتمكن الراهن من استرداده باداء الدين وليس المراد ذلك فلا يلزم الاغلاق الذي هو حكم
جاهلي ثم جاز ان يكون الضمير المنصوب في يتملكه للمضمون اي يجعله رهنا مكان الاول ثم يتملكه المرتهن المضمون وذكر
ان الضمان اي يتملك المضمون بعد تسليم الضمان الى المالك او الى نائبه رهنا لا تسليم الى المالك وهو الراهن فلا
يملكه الذي هو المالك بقبض الرهن الا بان يقبضه بحكم الرهن حتى يتحقق تسليم الضمان الى نائب المالك
فيملكه بالضمان قوله واستيفاء الجيد بالردي جائز هكذا وقع في بعض النسخ لكن الاصح ان يقال واستيفاء الردي
بالجيد لوجهين احدهما ان الاستدلال بقوله اذا تجوز به وذلك الاصح ان يقال استيفاء الردي بالجيد لان
التجوز انما يستعمل فيما اذا اخذ الردي مكان الجيد ولان في جواز استيفاء الجيد بالردي لا شبهة فيه
ولا حاجة الى الاستدلال بشيء اخر والثاني ان وضع المسئلة فيما اذا استوفى المرتهن بعشرة بقيمة

فيه انواع هي اقل من العشرة لرواية فكان المرتهن مستوفيا الردي بمقابلة جيدة كذا في الشرح قلت
قولنا استوفى الجيد بالردي يحتمل معنيين احدهما استوفى الجيد بمقابلة الردي والثاني الجيد
بقبض الردي وكذا قولنا استوفى الردي بالجيد يحتمل ان يكون معناه استوفى حقه الردي باخذ الجيد
او استوفى الردي بمقابلة الجيد فاستوت العبارتان والمراد بقوله استيفاء الجيد بالردي هو المعنى
الثاني بقرينة المقام اي استيفاء الحق الجيد باخذ الردي ممن عليه الحق جائز كما اذا تجوز به وهذا اصح تخريج
قوله كما لو تجوز به وهذا لانه لما قبض الرهن مع علمه انه بهلاكه يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن
فكانه رضي بزوال حقه في صفة الجودة كذا في الشرح هاهنا وفيه نظر لما وقع في غير موضع ان العوام لا علم
باحكام المسائل المجتهدة حتى لا يرد المشتري عالما بصرف البيع الى قفيز واحد فيما اذا اشترى صبرة كل قفيز
بدرهم وعلله الشارح رح بان العوام لا علم لهم بالمسائل المجتهدة فلا يكون المشتري عالما بالصرف الى واحد من
الصبرة والاستيفاء عند الهلاك مجتهد فيه فكيف ينزل عالما هاهنا بزوال حقه في صفة الجودة قوله لانه لا بد
له من مطالب ومطالب وقد يقال ان الاب يجوز له ان يشتري مال الصغير ويتولى طرفي العقد مع انه يصير طالبا
ومطالبا اذ حقوق البيع الى العاقد لان الامتناع لتعطيل الحق والاب لو قرر النفقة على الصغير لا يتعطل حق
الصغير ظاهرا فلا باس ان يكون مطالبا ومطالبا فكذا هاهنا لان النفقة على نفسه انما هي على صغره فلما جاز
ذلك لحق الصغير جاز لحق نفسه اولى وجوابه انه انما جوزنا ان يكون الاب مطالبا ومطالبا تنزيلا له
منزلة شخصين كانه من حيث انه نائب عن الصغير شخص ومن حيث ذاته بقطع النظر عن نيابته شخص
اخر فيكون الطالب في الاعتبار غير المطالب اما هاهنا المرتهن فليس تمام مقام الراهن بوجه حتى يمكن ان
يجعل شخصين ليصير مطالبا بوجه ومطالبا باخر نعم للخصم ان ينزل المطالبة نحو الواجب وهي الايصال الضمان
على المرتهن بل نقول ان للمرتهن ان يؤدي قيمة المرهون من غير ان يطالبه المرتهن والمطالبة تخفف
ان كان متعنتا فاداء الضمان منه من غير مطالبة جائز قوله وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه يعني
لا يمكن ان يقال ايضا ان المرتهن يضمن لانه صار مستوفيا بالهلاك فصار المستوفي بالهلاك ملكا له
ومن المحال ان يضمن الانسان ملك نفسه ولما تعذر التضمين تعذر النقض كذا في الشرح هاهنا وفيه نظر
اما اولا فلما مر الشيخ في الشرح هاهنا فيما تقدم عند قوله والاستيفاء يقع بالمالية ان العين امانة
في يد المرتهن وهو بمنزلة الكيس للمالية فكان الراهن جعل قدر الدين في كيس وسلمه اليه ليستوفي
حقه منه فعند الهلاك في يده تم استيفاؤه في قدر حقه الا انها لم تصر ملكا له لان المالية صفة
العين والاوصاف لا تملك مقصودا الى هنا لفظه فهذا تصريح بان المستوفي وهو المالية لا يصير ملكا له
وهذا هو المفهوم من الكتاب فيما سبق حيث قال في اول الباب عند بيان ان الرهن مضمون
ولا وجه الى استيفاء الباقي بعد الاستيفاء يدا وهو ملك الرقبة بدونه اي بدون ملك اليد فصار التصريح
بان الملك في الرقبة لا يثبت للمرتهن بالهلاك فلم لا يضمنه باعتبار ملك الرقبة على ما هو الاصل في الضمان
كما عرف وجوابه انه ان لم يملك الرهن رقبة يملك اليد عليه فلو ضمن لا يخلو اما ان يضمن بمقابلة ملك اليد

او بمقابلة ملك الرقبة لا وجه للاول لان ملك اليد للمرتهن والاثبات لا يقتضي ملك نفسه ولا للثاني لان
الضمان لا بد له من مطالب ولا مطالب ههنا فعلى هذا كان التعليل بطريق الفرد وايضا ما ذكر ان عين الرهن
امانة في يد المرتهن وانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه بالمالية لا بالرقبة فذلك فيما اذا لم يكن المرهون من جنس
حقه اما اذا كان من جنسه فيصير مستوفيا فيدخل العين في ملكه الا يرى انه يستوفيه من حيث الوزن
وهو يتعلق بالعين دون المالية واما ثانيا فلما ذكر في الذخيرة ان الرهن بعين مضمونة بنفسها جائز وله
ان يحبس الرهن حتى يسترد العين فان هلك الرهن في يده قبل استرداد العين يرد الاقل من قيمة العين
او الرهن ويسترد العين وقد سبق ان الرهن بالعين المضمونة بنفسها وهي بالقيمة التي هي دين انما
باعتبار انها الموجب الاصلي رد العين وقد سبق تخلص عما عليه الجمهور واما باعتبار تحقق سبب وجوبه على ما ذهب اليه البعض
فاذا كان رهنا بالقيمة يصير مستوفيا الضمان عند الهلاك مع انه يضمنه لاسترداد العين وفيه نقض الاتصال لانه رهنها
لا يضمن حتى لا يأخذ حقه كملا فلا بد من الفرق نعم هما يفترقان على التكملة الاولى وذلك ان الغاصب مطالب
بالقيمة من الحاكم لان فيه فائدة فربما يكون الفائدة في رفع العين واخذ القيمة بخلاف مسئلتنا اذ لا فائدة
للراهن في نقض هذا الاستيفاء وفائدته في انفاذه ثم حيث تؤدي الحيثية تسليم الرد لحبس
قوله من محل اخر في الحاشية وهو المالية لا عين الرهن وفيه نظر لان الاستيفاء لا يكون الا من
المالية اما العين فامانة في يده لا يسع به الاستيفاء ابدا فالظاهر ان المراد من محل اخر غير المرهون
قوله اعتبار الى ذلك الانفكاك بحالة الهلاك قوله اما اولا فلان الاعتبار بحالة الهلاك لا يوجب التوبيخ ان
يتملك ناقصا وان يجعل بالدين بل الاستيفاء بالمالية يتحقق عند الهلاك والمدعى هنا هو المختص
قوله ان المطلوب اثبات اه لا ان يجعله بالدين اما اختيار ان يتملكه بجميع الدين فباعتبار ان له ان يتملك
الفرد مع تمكنه من دفع يجعله بالدين واما ثانيا فهو الذي اشار اليه بقوله قلنا الاستيفاء عند الهلاك
بالمالية نعم ان الاعتبار بالهلاك لا يقتضي ان يجعله بالدين بمعنى ان يتملكه المرتهن لدينه لما ان الاستيفاء
بالمالية يكون واما العين فامانة في يده حتى يكون كفنه على الراهن وجوابه سيأتي قوله
وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة لا ان يتملك المرتهن عين الرهن بالدين وههنا
بحث اما اولا فلانه لو كان مضمونا عليه بالقيمة لكان ينبغي ان يتملكه المرتهن اذ الضمان من اسباب الملك
وقد سبق ان العين حتى يكون كفنه على الراهن وجوابه ان المراد بقوله مضمونا بالقيمة انه مضمون بالنظر الى
القيمة بمعنى ان قيمته هي المضمونة لا العين انها امانة وذلك ان الرهن ابقى بالدين بقيمة المرهون والعين كالكيس
لها بمنزلة ما اذا دفع المديون دراهم في كيس ليستوفي رب الدين دينه منه والمضمون هناك على رب الدين
هو الدراهم دون الكيس كذلك هنا المضمون على المرتهن هو قيمة الرهن لا غير فيقع المقاصة بين الدينين فالمضمون
في الرهن هو القيمة بالمثل لا العين فلا يتملكه المرتهن فعلى هذا التحقيق يكون الباء في قوله بالقيمة للبينة (?)
وليست صلة لقوله مضمونة فلا يدرينا ما نقل واما ثانيا فلما ذكرنا ان الاستيفاء بالمالية دون العين
انما يكون مبنيا لا يمكن الاستيفاء بالعين وذكرنا ان يكون المرهون من خلاف جنس الدين اما اذا كان من جنسه فالاستيفاء يكون

يكون بالقبض ولهذا يصير مستوفيا بالوزن دون القيمة والابريق المذكور من جنس الدين فيكون الاستيفاء
ههنا بالعين فيتملكه المرتهن لانه يقبل التملك واما ثانيا فلان التقاص انما يقع اذا تجانس العينان فينبغي
ان لا يقع المقاصة في الرهن فيما لا تجانس بين قيمة الرهن والدين كما في الرهن بالمسلم فيه فانه
لا تجانس بين قيمة الرهن والمسلم فيه اذ القيمة دائما تكون نقدا والمسلم فيه لا بد وان يكون مثمنا فينبغي
ان لا يقع المقاصة في الرهن بالمسلم فيه اذ لا مقاصة عند اختلاف الدينين وجوابه ان المسلم فيه يجب
بصورته ومعناه اعني القيمة بهلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا لمعناه بطريق المقاصة وذلك
بان يجب على المرتهن مثل قيمة الرهن او الدين للراهن وله عليه مثل ذلك وهو معنى المسلم فيه فيلتقيان
قصاصا فيصير مستوفيا للمسلم فيه بمعناه ثم لما استوفاه من حيث المعنى تعذر استيفاؤه من حيث
الصورة لما فيه من تكرار الاستيفاء فالحاصل ان المرتهن لا يستوفي بمالية المرهون صورة المسلم فيه ومعناه
حتى يلزم الاستبدال والمقاصة مع عدم التجانس بل يصير مستوفيا معناه بمالية المرهون فتعذر استيفاء
المعنى يمنع من استيفاء الصورة لما فيه من تكرار استيفاء المعنى كما مر واما ثالثا فلما عرف ان المرتهن
يصير مستوفيا دينه بهلاك الرهن مؤجلا كان الدين او حالا فلو كان الاستيفاء بطريق المقاصة لكان
بخلاف ما ذكر لكان ينبغي ان لا يقع الاستيفاء بالهلاك فيما اذا كان الدين مؤجلا اذ المقاصة شرطها
مساواة الدينين حالا ومؤجلا وجوابه ان الدين انما للدين بقيمة الرهن فكان الراهن راضيا بسقوط
حقه في الاجل كما لو عجل الدين حقيقة قوله وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي قد نهى عنه عليه
الرهن صيرورته مملوكا للمرتهن ان لم يؤد الراهن الدين الى وقت كذا وجعله بالدين هنا عبارة عن جعله
له بمقابلة الدين وهذا بيع للرهن من المرتهن بالدين الذي عليه ولا مانع من بيعه منه بالدين بالاتفاق (?)
قوله ويتقدر بسدسه حتى لا يبقى الرهن شايعا فان قلت لما ملك المرتهن خمسة اسداس بالضمان بقي رهن
السدس الواحد شايعا بالضرورة فيجب ان يفسد واذا فسد وجب ان لا يجبر على الافتكاك كما لو رهن السدس
الشايع ابتداء اجيب بان هذا القدر من الشيوع الذي لا مرد له عفو دفعا للضرر عن المرتهن قوله
ويكون اي السدس المفرز مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا فان قيل قد مر ان قدر الامانة انما يجعل [illegible]
عدم التمييز حتى لو امكن التمييز لم يكن الزائد رهنا كما لو رهن عبدا قيمته الفان بالف فقتل وقيمته الفان
فاراد المرتهن ان يحبس كل القيمة لم يكن له ذلك رهنا لما ضمن خمسة الاسداس منه صار المضمون بالدين
متميزا عن قدر الامانة فيجب ان لا يكون الزائد رهنا معه اجيب بان ما ضمن المرتهن فهو قيمة قدر المضمون
بالدين لا قيمة ما هو مضمون بالدين حتى يتميز المضمون عن قدر الامانة قوله ولانه شرط لا يقتضيه
العقد لا نسلم بل يقتضيه لان الرهن ايفاء والارتهان استيفاء وشرط ايفاء الثمن واستيفاؤه شرط يقتضيه
العقد لانا نقول انه اذا كان ايفاء فهو ايفاء حكمي لا حقيقي وايفاء يد لا رقبة على ما عرف ومقتضى العقد
هو الايفاء والاستيفاء بالحقيقة قوله وانه يلائم الوجوب والوجوب مقتضى العقد فكان مقتضيا
حكما قوله اعتبر ناحية المعنى وهو كونه مقتضى العقد فكان مقتضاه حكما قوله وهو ملائم تعليل لكونه مقتضيا حكما

لانه ما صار مقتضى حكم لا لكونه ملائما وقوله للجهالة تعليل للصورة الاولى وهي ما اذا كان الرهن والكفيل
غير معين دون الثانية وهي ما اذا كان الكفيل معينا لظهور ان الغيبة لا توجب الجهالة بل الفساد في الوجه
الثاني باعتبار ان القبول في الكفالة شرط في المجلس ولم يوجد فيبقى شرطا محضا ليس فيه معنى التوثق الذي
يصير به ملائما قوله لان يد الاستيفاء يثبت على المعنى وهو القيمة والبحث قد سبق فصل قوله
الا يرى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز بخلاف البيع فانه لو قبل المشتري البيع في احد العبدين عند تفريق
الثمن لم يجز وهذا عند من تفرق عند البيع تفرق عند الثمن فاما من يرى ذلك فيجوز قبول المشتري
في احدهما دون الاخر قوله فان رهن عينا واحدا عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه سواء كانا شريكين
فيه او لا جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى كل العين في صفقة واحدة
ولا شيوع في المحل باعتبار تعدد المستحق وموجبه صيرورته محبوسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف
بالتجزي فصار محبوسا بدين كل واحد منهما فكان استحقاق الحبس لهما استحقاق واحد من غير انقسام بخلاف
الهبة من اثنين عند ابي حنيفة رح فان هناك لا بد من انقسام الحكم وهو الملك بينهما فدخل الشيوع
نعم فيه لا حاجة الى هذا لان العين الواحد يجوز ان يكون محبوسا لكل واحد منهما على الواحد اذ لا تنافي
في استحقاق الحبس فلا يدخل فيه الشيوع كذا في الكافي قلت وهذا يشكل بما ذكر في الكافي في اخر فصل
المتفرقات حيث قال اذا كان الراهن واحدا والمرتهن اثنين فقال احد المرتهنين ارتهنته انا وصاحبي
هذا الثوب بمائة درهم واقام البينة على ذلك وجحد المرتهن الاخر والثوب في ايديهما او
يجحد الراهن قال ابو يوسف رح لا يقضى بالرهن لواحد منهما ويرد الرهن على الراهن فيصل قول
ابي حنيفة رضي الله عنه كقول ابي يوسف رحمه الله انه لو صح في حقه بالنصف النصف لكان مشاعا ولا يمكن
نفيه في حق صاحبه لانه لا ولاية له عليه فتعذر القضاء بهذا اللفظ ووجه الاشكال ظاهر الا ان يراد
بقوله لا يمكن نفيه في الكل نفيه على وجه يكون هلاكه الحق عليه قوله وهذا مما لا يقبل الوصف
بالتجزي يعني ان اجزاء الرهن لا ينقسم على اجزاء الدين بل كل الرهن يجب ان يكون محبوسا بكل الدين
واذا لم يكن منقسما لا يؤدي الى الشيوع فاما الهبة من اثنين فهو منقسم عليهما فيؤدي الى الشيوع فالفرق
بناء على ان الرهن لا ينقسم والهبة تنقسم قوله لان كل واحد اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة في
الاستيفاء بهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق
الحجة قلت هذا لا يصلح عذرا فيما اذا كانت قيمة الرهن تساوي الدينين جميعا بان كان لكل واحد عشرة وقيمة
الرهن عشرون فان هناك لو قضى القاضي بها بين البينتين يثبت لكل واحد منهما حبس يكون وسيلة
مثله في الاستيفاء فينبغي ان يجوز القضاء والمنع مطلق الا ان يقال حاصل التعليل راجع الى ان مقتضى كل
البينتين خلاف ما يقتضيه الاخرى وهذا العذر ثابت فيما اذا كان الرهن وافيا بالدينين لان بينة كل
يقتضي ان يكون كل منهما حابسا كل الرهن لجهة الاصالة لا غير ولو قضى بها لزم ان يكون منهما حابسا اصالة بالنسبة
الى دينه وليس هذا عملا ما اقتضى كل من البينتين على ما لا يخفى وايضا يشكل بما اذا قامت البينتان بحق رجلين

رجلين على الملك في عين فانه يقضى بالنصف بينهما مع ان ذلك عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كل
واحد منهما اثبت بينته ملكا في كل العين وبالقضاء يثبت الملك في نصفها لا انا نقول ان القياس
هو التهاتر في دعوى الملك ايضا كما هو قول الشافعي رحمه الله الا انا تركناه بالنص وهو حديث تميم بن
طرفة الانصاري ان رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فاقاما البينة فقضى
رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين ولا نص في مسئلة الرهن فبقي على اصل القياس
وما ذكر في الكتاب من الفرق بين مسئلة الرهن ومسئلة دعوى الملك بان المحل يقبل الانقسام في حق
الملك دون الحبس فلا يخفى انه لا يحصل به التفصي عن ورود الاشكال على المتن وهو ان في دعوى الملك ايضا
عملا بخلاف مقتضى الحجة الى اخر ما ذكرنا نعم الاوجه ان يقال ان اللازم في مسئلة الرهن اثبات خلاف
مقتضى البينة وفي مسئلة دعوى الملك المطلق والشراء اللازم ترك العمل بالبينة في البعض لمعارضة
بينة اخرى والاول باطل والثاني جائز وذلك ان مقتضى البينة في مسئلة الرهن ثبوت حبس
يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وانت تثبت حبسا يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء فالبينة تثبت نوعا
من الحبس وانت تثبت بها نوعا اخر فقد عملت بالحجة على خلاف مقتضاها بخلاف مسئلة دعوى الشراء
والملك المطلق فان مقتضى البينة فيها اثبات الملك للمدعي في النصفين وانت تثبت الملك في احد النصفين
ولا يثبت في النصف الاخر لمعارضة حجة اخرى فيكون من باب ترك العمل بالحجة لمعارضة لا من باب اثبات
خلاف مقتضى الحجة والله اعلم فان قلت هذا في دعوى الملك المطلق ظاهر لان البينة تثبت الملك في
النصفين وانت تثبت في احدهما ولا تثبت في الاخر فكان من باب ترك العمل بالحجة لا من باب اثبات خلاف
مقتضاها واما في مسئلة الشراء فالبينة تثبت شراء هو سبب للملك في الكل وانت تثبت شراء هو سبب
للملك في البعض فكان من باب اثبات خلاف مقتضى الحجة اجيب بان الشراء ليس بمقصود بل المقصود اثبات
الملك فيكون في الحقيقة كدعوى الملك بخلاف الرهن اذ المقصود هو الحبس والبينة تثبت نوعا من
الحبس وانت تثبت بها نوعا اخر فافترقا على ان البينة تثبت شراء النصفين الا انك تثبت بها شراء
احد النصفين دون الاخر بالمعارضة وفي مسئلة الرهن البينة تثبت حبس الكل على وجه يكون وسيلة
الى مثله في الاستيفاء وانت تثبت بها حبس الكل لكل منهما على وجه يكون وسيلة الى استيفاء شطره
والثابت بها نوع حبس والمثبت بها نوع اخر والله اعلم نعم لو كان الثابت بالبينة حبس الكل والمثبت
بها حبس البعض لكان نظير الشراء والملك ولكن الثابت بها حبس الكل لكنه يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء
والمثبت حبس الكل لكل منهما من حيث يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وكل من هذين الحبسين نوع
فافترقا قوله والعبد في ايديهما قوله ما ذكره من وجه الاستحسان وهو ان المقصود بعد موت الراهن اثبات
الاختصاص وهو كونه احق به من سائر الغرماء دون الحبس وكل منهما يثبت لنفسه الاختصاص بالعين
حتى يباع له في دينه وهذا مما يحتمل الشركة فيقضى لكل منهما بالنصف واما في حال الحيوة فالمقصود هو الحبس وذا
لا يحتمل الشركة في العين اذ ذاك به لا يدوم حبسه لا يفرق بين ان يكون العبد في ايديهما او في يد وارث

الراهن فالتقييد بقوله والعبد في ايديهما مما لا يعرف له وجه قوله وحكمه في حالة الحيوة الحبس
والشروع بعضه وبعد الممات الاستيفاء بالبيع والشاع ولا بعضه قلت اذا كان حكم الرهن بعد الموت
هذا كان ينبغي ان يصح استرداد الرهن بعد الموت للانتفاع به لانه لا يمنع نفس البيع الا يرى ان حكم
الرهن عند الشافعي رحمه الله لما كان هو التعيين للبيع لم يكن الرهن عنده مانعا عن استرداده للانتفاع
فلو كان الحكم الرهن بعد الموت عندنا كالحكم حال الحيوة عنده لما كان مانعا عن الاسترداد للانتفاع بعد الموت
عندنا ايضا كما هو ليس بمانع عنده حال الحيوة وقد جعل المصنف رحمه الله الاختلاف بيننا وبينه في
جواز الاسترداد مبنيا على ان حكم الرهن الحبس الدائم عندنا والاسترداد يفوته وعنده تعلق الدين
بالعين استيفاء منه عينا بالبيع والاسترداد لا يفوته فلو كان حكم الرهن بعد الموت عندنا كالحكم حال الحيوة
عنده لكان له ولاية الاسترداد بعد الموت بالاجماع وايضا يشكل بما ذكره في الكافي في باب التصرف
في الرهن انه لو مات مستعير الرهن مفلسا فبقي رهنه ولم يبع الرهن الا برضا المعير لانه ملكه فان
فان اراد المعير واتى المرتهن وبه وفاء بيع بلا رضاه لان حقه في الاستيفاء وقد سلم له وان لم يكن
به وفاء شرط رضاه لان له في الحبس منفعة فربما يخ المعير الى الرهن فيقضي دينه او يتوفر
السعر بهذا اللفظ وفيه اشارة الى ان الحبس مقصود بعد الموت ايضا والا لما شرط رضا المرتهن بالبيع سواء
كان فيه وفاء بالدين او لم يكن ثم ما ذكره المصنف رحمة الله عليه من قبل وجها للقياس فيما اذا اقام البينة
على الرهن حال الحيوة بعينه ينافي هذا اذا اقام البينة بعد الممات ايضا لان كل واحد يثبت بحجته ولاية
استيفاء كل الدين ببيع الرهن فيما اذا كانت قيمة الرهن مثل الدين او اكثر واستيفاء قيمته فيما
اذا كانت قيمته اقل من الدين وبهذا القضاء يثبت ولاية استيفاء بعض الدين بالبيع وهذا على
على خلاف ما اقتضاه الحق فينبغي ان لا يقضى بالبينتين بعد الممات ايضا الا ان يقال المقصود باقامة
البينة بعد الموت هو المال فيعتبر بدعوى الملك وفيه يقضي بالبينة بالنص الذي رويناه فكذا ههنا
والله اعلم

باب الرهن يوضع على يد العدل

قوله وقال مالك رحمه الله لا يجوز الى قوله
فانعدم القبض هذا يشعر بان القبض شرط في الرهن فكان له قولين في اشتراط القبض كذا في
الحاشية وفي الكافي وقول صاحب الهداية وقال مالك رحمه الله لا يجوز الى قوله فانعدم القبض يشعر
باشتراط القبض عند مالك رحمه الله وقد ذكر في اول الرهن وقال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد وهو نص
على عدم اشتراطه فكان له قولين في اشتراط وقد يقال ما ذكر في اول الكتاب لا تدل على ان القبض
ليس بشرط عند مالك رحمه الله لثبوت حكم الرهن وان كان يدل على انه ليس بشرط للزوم العقد عنده حيث
قال وقال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد ومن الجائز ان يكون الشيء شرطا لترتب الاحكام ولا يكون
شرطا للزوم وما ذكر ههنا يدل على ان القبض عنده شرط لترتب الاحكام وهو لا يدل على انه لا يلزم عنده بدونه
ايضا حتى يكون ما صرح به اولا ينافيه ما ذكر في الحاشية ان قبض المرتهن شرط اجماعي وجواب ان ذكر
المصنف رحمه الله من مذهب مالك رحمه الله في اول الكتاب بقوله وقال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد معناه انه

لا يحتاج الى القبض لتحقق الحكم بدليل انه شبهه بالبيع حيث قال لانه يختص بالمال من الجانبين فصار
كالبيع وحكم البيع يثبت بنفس العقد فكذا حكم الرهن وبدليل ان اصحابنا احتجوا عليه بقوله تعالى فرهان
مقبوضة وانما يستقيم الاحتجاج به على من لا يرى ان القبض من شرائط لزوم عقد الرهن ولا من شرائط
ترتب الحكم عليه اما من ذهب الى لزومه وعدم احتمال الفسخ بمجرد العقد ولكن القبض عنده شرط لترتب
الحكم عليه فلا يتم به الاحتجاج عليه لانه له ان يقول ان النص يقتضي ان يكون القبض شرطا في الرهن ونحن نقول
به فانه شرط لترتب الحكم فاما ان يكون شرطا للزوم وعدم احتمال الفسخ فلا ولا نص للنص على ذلك فلا يتم
الاحتجاج كما ذكر في اول الكتاب واما ما ذكر في الحاشية فمحل تأمل نعم يمكن ان لا يكون شرطا للزوم
ولا لترتب الحكم عليه عند مالك رحمه الله كما في البيع ولكن نفس الرهن بشرط تؤدي الى امتناع قبض المرتهن
وذلك ان القبض ان كان بشرط فهو مستحق بعقد الرهن كما في البيع وكل شرط يؤدي الى امتناع
ما هو مستحق بالعقد فهو مفسد لذلك العقد فيفسد الرهن باشتراط وضعه في يد العدل كما يفسد البيع بشرط
ان يبقى المبيع في يمين آخر غير البائع والمشتري فالقول بفساد عقد الرهن عند اشتراط ان يوضع في يد
العدل عند مالك رحمه الله لا ينافي ما ذكرا ولا من عدم اشتراط القبض لعقد الرهن عنده ويمنع قوله
فانعدم القبض فامتنع القبض وعدم القبض ان لم يؤثر في فساد الرهن فامتناع القبض لكونه لا يمكن
قبضه يؤثر والله اعلم ثم ذكر في المبسوط وشرح الاقطع ابن ابي ليلى مكان مالك ههنا في المبسوط قال ابن
ابي ليلى لا يتم الرهن بقبض العدل حتى اذا هلك في يد العدل لم يسقط الدين فان مات الراهن
فالمرتهن اسوة الغرماء كذا فيه قوله لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع فان قلت كما هو
نائب عنه عند الاتفاق عليه لا عن المرتهن في حفظ العين فهو نائب عن المرتهن في المالية والعين مضمونة
باعتبار المالية لا باعتبار ذاته اجيب بان جانب الراهن راجح لان العدل في حق العين نائب عنه على
الخصوص وفي حق المالية عن الراهن من حيث الابقاء وعن المرتهن من حيث الاستيفاء فكان جانب
الراهن راجحا فيرجع بالضمان قوله والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي هذا يستقيم على قولهما اما
على قول ابي حنيفة رحمه الله فلا يستقيم على شيء من قوله تعليلا لعدم كون مودع المودع ضامنا ولم يتم
قبض كل من يد امين لانه اي المودع لا يضمن بالدفع ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما فاذا فارقه
فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمن لذلك اي بالمفارقة الى آخره هذا كلامه من انه تصريح بان المودع لا يضمن بالدفع
الى الاجنبي بل يضمن بالمفارقة قوله واذا ضمن العدل قيمة الرهن الى قوله لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده
لانه يصير قاضيا قلت وقد سبق في مسئلة انكسار الابريق المرهون انه اذا ضمن المرتهن قيمته تكون القيمة رهنا
عند المرتهن ولم يذكر هناك انه لو فقد القيمة من المرتهن ثم يجعل رهنا مع ان المرتهن يصير قابضا ومقتضيا
اذا جعلت القيمة رهنا قبل التسليم الى الراهن كما هو ظاهر لفظ الكتاب اجيب بان المرتهن بعد
انكسار الابريق بقي مودعا للراهن في العين فيكون يده كيد الراهن وانه انما يضمن القيمة بجهة
المالية وبدنه في المالكية بل نفسه فنزل منزلة شخصين فيضمن القيمة ويصير قابضا من حيث

ان يده في الحالة بل نفسه ومقتضيا من حيث ان يده يد امانة فاختلفت الجهتان نعم يشكل بانه
انما يصير قابضا ومقتضيا اذا احتيج في جعلها رهنا الى الاقتضاء ولا حاجة اليه اذا الثمن
القائم مقام المرهون يصير رهنا قبل ان يقبض على ما تجيء فيما اذا باع العدل وجوابه سيأتي في الثمن
ان شاء الله تعالى قوله والراهن غائب التقييد به يشير الى انه لو كان الموكل حاضرا لا يجبر الوكيل
على البيع وينبغي ان يجبر مطلقا للزوم الوكالة وتعلق حق المرتهن به فيكون للمرتهن ان يجبره وكما لا ينعزل
الوكيل بعزل الراهن لتعلق حق المرتهن يجب ان لا ينعزل بعزل الوكيل نفسه ايضا ولو تحقق من الوكيل
للزوم هذه الوكالة لكونها في عقد لازم وتعلق حق الغير به بخلاف الوكيل بالخصومة بطلب الخصم حيث
لا يجبر على الخصومة الا اذا غاب موكله لان له ان يعزل نفسه حال حضرته وذكر في التاتارخانية جبر هذا
الوكيل على البيع مطلقا من غير تقييد بكون الراهن غائبا حيث قال ان كان التسليط مشروطا في الرهن
يجبر عليه وان كان بعد تمامه ذكر الكرخي انه لا يجبر وهو رواية ابي يوسف رحمه الله عليه وهو
اخذ بعض المشايخ وبعضهم قالوا يجبر واليه اشار محمد رحمه الله عليه قال شيخ الاسلام وهو الصحيح
وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله ان التسليط اذا لم يكن مشروطا في الرهن لا يجبر العدل على
البيع في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله عليه انه يجبر وفي السراجية واذا سلط العدل على البيع
وامتنع عنه ودفع المرتهن الامر الى القاضي يجبره على البيع بعد ان يقيم البينة على الرهن والتسليط على
البيع قال شيخ الاسلام العدل يخالف الوكيل بالبيع المفرد من اربعة اوجه احدها ان العدل في بيع الرهن
يجبر على البيع اما على الوفاق او على الخلاف ولا ينعزل بموت الراهن على الوفاق او على الخلاف
وهذه الاحكام غير ثابتة في حق الوكيل بالبيع المفرد وفيما عدا هذا الكلام العدل والوكيل بالبيع المفرد
على السواء وذكر في الكافي في اخر متفرقات الرهن مسئلة تدل على ان تعلق الرهن لا يشترط كون الوكيل
على البيع حيث قال رهن امة قيمتها الف وامر عدلا بيعها ان حل الاجل في ذلك الرهن بامة تساوي
الفا وطلب من العدل بيعها فقال الراهن المرهونة غيرها وقال المرتهن بل هي وصدق العدل
الراهن وقال لم ادر اهي ام لا فالقول للمرتهن لانه القابض ويحلف العدل على العلم بالله ما يعلم
انها تلك الجارية لانه يحلف على فعل الغير وهو تسليط الراهن اياه على بيعها فان نكل اجبر على
بيعها واذا باع يسلم الثمن الى المرتهن فان حلف يجبر الراهن على بيعها لانه وقع الياس عن بيع العدل فيجبر
الموكل كما لو مات العدل وان ابى باع القاضي او امينه لانه امتنع عما هو مستحق عليه وهو امر يجري فيه النيابة
فناب القاضي منابه ليصل الحق الى المرتهن الى هنا كلامه فقد نص بجبر العدل على بيع المرهونة مع
كون الراهن حاضرا قوله وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي قاس الموكل المشروط
في عقد الرهن بالتوكيل بالخصومة من المدعى عليه بالتماس المدعي مع اختلاف حكمهما فان عزل
الوكيل ببيع الرهن لا يصح سواء كان بحضرة المرتهن او بغيبته الا برضاه فاما عزل
الوكيل بالخصومة اذا كان بالتماس الطالب فيصح اذا كان بحضرة الخصم وان لم يرض به نص عليه في الذخيرة

الذخيرة والقياس مع اختلاف حكم الاصل والفرع بعيد واطلاقه باطل قوله والثمن قائم مقامه فكان
رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا فان قلت فالعدل اذا ضمن قيمة الرهن يردده الى الراهن
او المرتهن وجب ان يكون القيمة رهنا وان لم يكن مقبوضا لكونه الرهن لقيامه مقام ما كان مقبوضا فلا حاجة
الى قبضه حتى يصير الواحد قابضا ومقتضيا اجيب بان الشيء القائم مقام الرهن المقبوض انما يكون رهنا
لكونه مقبوضا حكما والشيء انما يثبت حكما اذا امكن ثبوته حقيقة والثمن الواجب يمكن قبضه منه
حقيقة فيصح اعتباره مقبوضا حكما اما القيمة الواجبة على العدل فلا يمكن قبضها من نفسه حقيقة فلا
يعتبر مقبوضا حكما ايضا فالحاجة ماسة الى اقتضاء القيمة من العدل لما سيأتي ان شاء الله تعالى انما
العدل فهو امين في حق الراهن والمرتهن جميعا واذا تعدى في حق احدهما وصار ضامنا خرج من ان يكون
مودعا فلا يجعل يده كيده من وقت التعدي في حقه حتى يصح ان يجعل مقتضيا من قبله ووجه اخر يذكر ان شاء
الله تعالى قوله ان شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم لو قال لانه متعد بالدفع والتسليم
لكان اولى لما عرف ان بيع مال الغير ليس بتعد وانما التعدي هو التسليم الى المشتري وايضا لو كان التعدي
منه هو التسليم لكان ينبغي ان لا ينفذ البيع عليه واذا ضمنه المشتري لان ملكه فيه يكون متاخرا عن التسليم
ولا يظهر بتضمينه انه باع ملك نفسه وقد صرح بعد هذا ان المشتري ان ضمن البائع نفذ البيع ايضا لانه
ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه ولا يخفى انه انما يتبين ذلك اذا جعل سبب الضمان هو الاخذ
السابق على البيع ليستند الملك اليه فيظهر انه باع ملك نفسه اما لو جعل السبب هو التسليم لا يستند الملك
وهو متاخر عن عقد البيع فلا يظهر عند الضمان انه لو باع ملك نفسه الا ان يقال يكفي ما تقدم ان البيع
التوكيل السابق على التسليم بل نفذناه بل بالتعاطي بقبض المشتري والتسليم سابق على التعاطي قوله
لانه اذا لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع قلت هذا تقرير ما مر من قوله وقيل يجبر في
الوجه الثاني وهو الاصح اذ المراد بالوجه الثاني هو قوله ولانه تعلق حق المرتهن وفي العزل ابطاله
ففيه اشارة الى ان حق المرتهن لا يتعلق بالوكالة المشروطة في عقد الرهن يتعلق بالوكالة البعدية
بعد تمام الرهن على خلاف ما ذكر هنا ولان تعلق حق المرتهن بهذه الوكالة من حيث رجوع نفعها اليه
ضروري لا مرد له فلا وجه لانكاره وغايته ما يمكن ان يقال توكيل العدل ببيع الرهن يصلح حقا للراهن والمرتهن
جميعا لتعلق نفعهما به غير انه ان كان مشروطا في الرهن كان المقصود الاصلي نفع المرتهن لانه شرط فيه لما له
جانب الوثيقة التي هي حق المرتهن فاعتبر حقا له والا يعتبر حقا للراهن حيث وكله ليكون ذلك وسيلة الى
اسقاط الدين واخلاء الذمة عنه اذ الدين حائل بين الجنة والمرء ثم لقائل ان يقول هذا التوكيل ان كان
بطلب المرتهن وجب ان يعتبر حقا له وان كان بغير الطلب يعتبر حقا للراهن كالتوكيل بالخصومة اذا
كان بالتماس المدعي اعتبر حقا له حتى لا يتمكن الخصم من عزله الا بحضرته او برضاه على اختلاف فيه وان
كان يعتبر حقا للمدعى عليه فيصح عزله قوله وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل
على البيع فان قلت في جواب قول من يرى الجبر وهو الاصح اجيب بان المستند على قوله

ممنوعة قوله لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم والقبض اي الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض
كذا في الشافي ويشكل بان الراهن لو كان متعديا بالتسليم لكان ملكه عند تضمين المستحق اياه مستندا
عند الرهن لضرورة تأخر التسليم عنه فينبغي ان لا يصح الايفاء لانعقاد عقد الرهن وهو صحيح كما ينبغي عند قوله
فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان فيصح الايفاء وما ذكره في الكفاية انه ملكه باداء الضمان
من وقت الغصب وغصبه كان قبل الرهن فاذا ملكه من ذلك الوقت صح الرهن فظاهر انه لا يوافق ما هو المذكور
في الكتاب لانه جعل سبب الضمان التسليم دون الغصب السابق على الرهن انه لا يتم ذلك فيما اذا كان الراهن مودعا
اذ المودع انما يضمن بالتسليم دون القبض السابق فيكون ملكه متأخرا عن عقد الرهن لا محالة وقد يجاب عن هذا بان التسليم
ان كان لاحقا عن عقد الرهن فيصح ما نفذناه من الراهن وانما نفذناه دفعا وجب بالتعاطي عند قبض
المرتهن اياه باذن من الراهن على وجه الرهن لا في الحال ان قبض المرتهن متأخر عن التسليم الذي استند اليه
يستند ملك الراهن والقبض من غير تسليم يكفي لثبوت العقد بالتعاطي فان من قبض مال انسان او
واعطي بدله يثبت بيع التعاطي وان لم يوجد من البائع تسليم ولكن يشكل بان المستحق اذا ضمن المرتهن
ورجع هو على الراهن فالراهن انما يملكه من وقت التسليم على ما صرح به الشارح بعد هذا
وبه يشعر قول المصنف رحمه الله عليه في جواب طعن ابي حازم حيث قال انه يرجع عليه بسبب
الغرور والغرور بالتسليم الى اخره مع انه لا يصح الايفاء ههنا اصلا وقد جعل المصنف رحمه الله
عليه تأخر الملك عن عقد الرهن الحوالي مانعا عن الايفاء مطلقا على ما تمسك في جواب طعن
ابي حازم فلو كان قبض المرتهن معتبرا لانعقاد العقد بينهما بالتعاطي لما صح الحكم ببطلان عقد
الرهن وعدم صحة الايفاء على تقدير ان يكون رجوع المرتهن عليه بالغرور الحاصل بالتسليم كما في
صورة تضمين الراهن لظهور ان الملك على هذا التقدير ان كان متأخرا عن التسليم فهو متقدم على قبض
المرتهن لا محالة الا ان يقال انعقاد الرهن بالتعاطي عند قبض المشتري المرتهن يختلف فيمن ثبت الاذن
ان المودع لو رهن فسلم ثم ضمنه المستحق قبل تنفذ عقد الرهن بالتعاطي بقبض المرتهن وقبل
تأخر الملك عن عقد الرهن فكأنه لا يعتبر التعاطي في ذكره المصنف رحمه الله عليه في جواب طعن ابي حازم من
المراد بقوله انه يرجع عليه بسبب الغرور بالتسليم او بالانتقال من المرتهن الذي مبني على ما بين المودع
اي من لم يجعل قبض المرتهن رهنا بالتعاطي فالعذر له من طعن ابي حازم بان يقول انه رجع عليه بسبب الغرور
والغرور بالتسليم فيثبت الملك له مستندا الى وقت التسليم وهو متأخر عن عقد الرهن فلا ينفذ ومن اعتبر
قبض المرتهن رهنا بالتعاطي فالعذر له من طعنه ان يقول ان الملك يثبت للمرتهن اولا بالضمان ثم ينتقل
منه الى الراهن فيكون ملك الراهن متأخرا عن قبض المرتهن الذي به ينعقد الرهن بالتعاطي فلا
جرم لا ينفذ عليه ثم من جعل الراهن مالكا من وقت التسليم فكأنه اختار ان الملك يثبت لمن عليه
عليه قرار الضمان ابتداء كما يشعر به فان قلت في بيانه الطعن والملك يثبت لمن عليه قرار الضمان
ومن عليه قال انه يملك بانتقال الملك من المرتهن اليه فكأنه يجعل الملك للضامن اولا ثم لمن عليه قرار الضمان

قلت فلانه مغرور من جهة الراهن قلت بان الغرور انما يوجب الرجوع اذا كان في ضمن عقد المعاوضة
والرهن عقد تبرع على ما مر في الكتاب والغرور في ضمن عقد التبرع لا يوجب الرجوع الا يرى ان الموهوب له
لا يرجع على الواهب اذا استحق الموهوب وضمنه للمستحق وجوابه بان الرهن ان كان تبرعا فهو معاوضة انتهاء
على ما مر في مسئلة رهن الاب متاع الصغير من قوله والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث
وجوب الضمان فاذا كان الرهن معاوضة انتهاء جاز ان يرجع المرتهن بحكم الغرور كما في البيع فان قلت لما
ذكر في باب الاستحقاق من كتاب البيوع عند قال لمشتري اشترني فاني عبد فاشتراه فاذا هو حر فان كان
البائع لم يدر مكانه رجع المشتري على العبد بالثمن بخلاف الرهن فانه لو قال عبد ارتهني فاني عبد فارتهنه
فاذا هو حر لا يرجع المرتهن على العبد بحال لان العبد ضمن للمشتري سلامة نفسه او سلامة الثمن متى تعذر
استيفاؤه من البائع لانه انما رغب في شرائه معتمدا على اخباره بانه عبد فيجعل العبد ضامنا
لسلامة نفسه دفعا للغرور والبيع عقد معاوضة يستحق به السلامة فامكن ان يجعل الامر ضمانا للسلامة
على ما هو موجبه نفيا للغرور ولا كذلك الرهن لانه لم يشرع معاوضة بل شرع لملك الحبس من غير
عوض مقابلة وتصير بعد قبضه استيفاء لعين حقه من غير عوض فلا يمكن ان يجعل الامر ضمانا للسلامة
كذا في الكافي والشروح في الكتاب وبهذا ظهر ان عقد الرهن لم يعتبر معاوضة في حق الرجوع
بالغرور ثم قد يجاب بان عقد المعاوضة انما يشترط للرجوع بحكم الغرور اذا لم يكن الغرور عاملا
لانه اما اذا كان عاملا فيرجع عليه وان لم يكن هناك عقد معاوضة كالمودع يرجع على المودع اذا ضمن
للمستحق والمرتهن عامل للراهن من وجه لان الراهن عند الايفاء وقبضه ينتفع الموفي ببراءة ذمته والمرتهن
بوصول حقه اليه ولكن منفعة الراهن راجح لانه بهلاك الرهن يصير موفيا للدين بالايفاء الحكمي ومنفعة
الايفاء لا يختلف بين الحكمي والحقيقي اما منفعة المرتهن في الايفاء الحقيقي دونها في الحكمي الرجوع ساقط
الاعتبار بمقابلة الراجح فصار المرتهن عاملا للراهن وهذا الجواب ايضا غير مرضي لما عرف ان الايفاء
ينتقض بتحقق المرتهن عند استحقاق الرهن فظهر انه لم يكن عاملا للراهن ببراءة ذمته عن الدين
وايضا المرتهن يجب عليه رد مؤنة المرهون اي اجرة رده الى الراهن فلو كان في قبضه عاملا للراهن
لكان مؤنة الرد على الراهن دون المرتهن كالمستعير لما كان في قبضه عاملا لنفسه لا للمعير يجب مؤنة
رد العارية على المستعير فالاوجه ان يقال ان الاستحقاق يرد على العين وعين الرهن امانة في يد المرتهن
عامل في حفظه للراهن فيرجع عليه بضمانه كما يرجع المودع على المودع قوله بسبب الغرور
فيكون المعنى يرجع عليه بالانتقال ولا يخفى ان انتقال الملك من المرتهن الى الراهن سبب على
رجوعه اليه لانه سبب له والتشبيه بالوكيل وقع على قول من يقول بثبوت الملك للوكيل اولا
ثم بانتقاله منه الى الموكل ولكن المصنف رحمه الله عليه قد اختار في كتاب الوكالة قول
من يقول بثبوت الملك للموكل ابتداء خلافه عن الوكيل كالعبد يتهب ويصطاد
ويثبت الملك للمولى ويمكن ان يكون التشبيه راجعا الى التوجيهين وحاصله ان التقدير هنا

كالتوكيل ثمة ثم في التوكيل يثبت الملك للموكل ابتداء في رواية وهو الصحيح وبالانتقال من الوكيل
الى الموكل في رواية كذا هنا الملك للراهن اما يثبت ابتداء من وقت التقدير وبالانتقال
وايا ما الملك متاخر عن المرتهن قوله او بالانتقال من المرتهن اليه كانه ولكن منه لان
الراهن يتلقى الملك في الرهن من جهة المرتهن لانه تملك المرتهن اولا ثم ينتقل اليه كانه اراد او يثبت
الملك للراهن بالانتقال فقوله بالانتقال متعلق بمحذوف والا فهو في الظاهر عطف على قوله
بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن بهذا يشير
الى ان وضع المسئلة فيما اذا كان الراهن غاصبا متعديا قبل التسليم وقوله فيما سبق
ان كلا منهما متعديا بالتسليم او القبض اي الراهن التسليم والمرتهن القبض يدل على ان وضع المسئلة
فيما اذا كان الراهن مودعا فرهن الوديعة وسلم ثم استحق فاجزاء الكلام لا ترتبط بادنى الا
ان يقال لما كان في نفاذ الراهن من المودع عنه تضمين المستحق اياه روايتان على ما ذكرنا اشار المصنف
رحمه الله عليه الى ما بين الروايتين بالتعيين في عبارته ثم يشكل الفرق بين التضمين المرتهن وتضمين
المضارب فانه لو ظهر مستحق راس المال فضمن رب المال نفذت المضاربة ولو ضمن المضارب
ورجع هو على رب المال نفذت ايضا لما ان قرار الضمان على رب المال والفرق بينهما من وجه اخر وهو
عدم لزوم العقد المضاربة ولزوم عقد الرهن وهو ان في المضاربة وان ثبت على الرجوع على رب المال
بالتسليم وذلك بعد العقد لان عقد المضاربة غير لازم وما لا لزوم له يعطي لزومه حكم الابتداء فصار الملك
الثابت لرب المال من وقت تسليم المال الى المضارب سابقا على العقد تقديرا فنفذت المضاربة واما
الرهن فعقد لازم لا يعطي له حكم التجدد والعقد السابق على التسليم والملك الثابت للراهن معتبرا
على وقت التسليم فلا ينفذ العقد الثابت عليه كذا في الجامع الصغير لابي اليسر رحمه الله وفيه نظر لان
الوصية ايضا غير لازم قبل موت الموصي مع انه لو اوصى بملك الغير ثم ملكه لا ينفذ وصيته على قياس
ما ذكر يجب ان ينفذ كالمضاربة على ان غير اللازم من العقود وان كان لزومه حكم الابتداء فلا بد من الدوام
لما عرفنا ان الدوام حكم الابتداء ولا دوام منع وقوعه باطلا عند مضاربة ملك الغير وقد ذكر الشارح
رحمه الله الفرق في المضاربة بان استرداد القيمة كاسترداد العين فيتحقق قبض المرتهن باسترداد
القيمة بدون قبضه لا يكون مرهونا وهنا ايضا استرداد المثل كاسترداد العين ولكن لا يتقدم
ابتداء اليد للمضاربة على المال واستدامته ليس بشرط لحكم المضاربة حتى لو رد المضارب المال على رب
المال واستعان به في التصرف كان الربح بينهما على ما شرطا ولو رد المرتهن المرهون على الراهن
بعارية او غيرها خرج من ضمان الرهن وفيه نظر لان العين ان كان لا يبقى مضمونا بحكم الرهن عند خروجه
عن قبض المرتهن لكن اذا عاد الى قبضه يعود مضمونا لما عرف ان عقد الراهن لا يبطل بالخروج عنه
قبض المرتهن والقيمة ان صارت مستردة بتضمين المستحق فقد عادت الى المرتهن بتضمينه الراهن فيجب
ان يبطل حكم تضمين المستحق للمرتهن ويصير كانه لم يسترد القيمة من المرتهن والحق ان الفرق بينهما بما تكلم ان

على ان قيام الملك وقت العقد شرط لصحة الرهن دون المضاربة وعلله في الذخيرة بان قيام الملك في راس
المال وقت المضاربة ليس بشرط لصحتها لان دافع المال مضاربة ليس الا توكيلا بالشراء والشراء بالدراهم
المغصوبة جائز فكذا التوكيل به فاما كان قيام الملك وقت العقد شرطا لصحة الرهن لانه ايفاء
والايفاء بمال الغير باطل دون المضاربة لانه توكيل بالشراء والتوكيل بمال الغير جائز كان
الفرق بين مسئلة المضاربة ومسئلة الرهن اظهر من ان يخفى ولا يحتاج التكلفات المذكورة
في الشروح باب التصرف في الرهن والجناية قوله ولان حقه تعلق بالمالية والبدل
له حكم المبدل فصار كالعبد المديون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا
بالانتقال دون السقوط وفيه بحث لان الغرماء يتعلق بالمالية والاستسعاء حتى ليس لهم ان يطلبوا
بيعه واستوفوا حقهم وثمنه باقيا مجلا وان شاءوا استسعوا واخذوا حقهم من الغاية مؤجلا تاما فلما اذنوا
بالبيع فقد اسقطوا حقهم في الاستسعاء وتعين حقهم في ماليته والاستيفاء ان حقهم لم يكن في
ماليته انما يثبت حقهم فيه لقيام الثمن مقامه وهنا كان حق المرتهن في حق العين المرهونة انما يثبت
في ثمنها بطريق الانتقال لقيام الثمن مقامه فلا يتفاوتان قوله وفي بعض اقوال الشافعي رحمه الله
لا ينفذ قلت عدم النفاذ يحتمل ان يكون مع الانعقاد فيجوز ان ينعقد اعتاق المرهون موقوفا
على اداء الدين عند الشافعي والقياس على البيع يقتضي كذلك اذ البيع ينعقد من على اداء الدين
ولا يبطل فكذا قوله بخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة ~~عنده لا يبطل~~ تبقى مدتها اذا لم يعدها فقلت
هذا اما مبني على قول الشافعي فان الاجارة عنده لا تبطل بالاعتاق كما لا يبطل عنده بموت احد
المتعاقدين والا فالاجارة يبطل بالاعتاق عندنا فيما عليه صاحب الاسرار في طريقته وكذلك
القياس على موت المؤجر يقتضي ان لا يبقى الاجارة مدتها لان المنافع بعد الاعتاق تحدث عن ملك
العبد كما انها بعد الموت تحدث على ملك الوارث فتبطل الاجارة كذلك عندنا فيجب ان يبطل
بالاعتاق ايضا واما مبني على ما ذكر الشارح في باب اجارة العبد نقلا عن الامام قاضي خان
والامام التمرتاشي ان المولى ان اجر العبد ثم اعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار وان فسخ الاجارة
فاجر مضى للمولى وان اجاز فاجر ما يستقبل للعبد هذا كلامه قوله كما اذا اعتق المبيع قبل القبض
او اعتق الابق او المغصوب قلت الحاق الرهن باعتاق المشتري قبل القبض صحيح لان حق البائع متعلق
بحبس المبيع لاستيفاء الثمن مع ذلك يصح اعتاق المشتري وان يبطل به حق الحبس للبائع فيصح اعتاق
الراهن ايضا وان كان يبطل به حق المرتهن في حبسه فعلم ان حق الحبس لغير المالك لا يمنع صحة الاعتاق
ونفاذه واما الحاقه باعتاق الابق والمغصوب فلا وجه لعدم تعلق حق احد بالابق والمغصوب فلا
يلزم من صحة اعتاق الرهن وقد تعلق به حق المرتهن وجوابه ان ملك الراهن في الرهن قائم فلو لم
ينفذ اعتاقه مع قيام ملكه فيه فاما ان لا ينفذ لتعلق حق المرتهن في الحبس ولا وجه اليه
لان حق الحبس للبائع قبل تسليم المبيع الى المشتري ثابت مع صحة اعتاق العبد المشتري قبل القبض واما

ان لا ينفذ لزوال يد المالك وانه ايضا لا ينافي صحة الاعتاق كاعتاق العبد الآبق والمغصوب ثم يحتاج
الى الفرق بين اعتاق الراهن العبد المرهون واعتاق المشتري العبد المبيع قبل القبض من حيث ان
الراهن يضمن للمرتهن قيمة العبد والمشتري لا يضمن قيمة المبيع مع ان كلا منهما يبطل حق الحبس والفرق
ظاهر اذ الراهن انما يضمن اذا كان خالا فلا يضمن قيمته بل يطالب بالدين فكذا المشتري باعتاق المبيع
لو ضمن انما يضمن اذا كان الثمن مؤجلا اذ لو كان حالا طولب المشتري بالثمن كالراهن ولا وجه للتضمين
عند كون الثمن مؤجلا اذ لو كان حالا طولب المشتري بالثمن كالراهن ولا وجه للتضمين عند كون الثمن
مؤجلا لعدم حق الحبس للبائع عند ذلك وبالجملة وليس للبائع حق الحبس اذا كان الثمن مؤجلا اجيب
لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فان قلت نص في البزدوي ان الاصل هو ملك اليد وملك الرقبة
من زواله حتى قال ان المولى يخلف العبد المأذون فيما هو من الزوائد وهو ملك الرقبة اجيب بان هو
ملك اليد بمعنى ملك التصرف لا بمعنى القبض الحسي كما هو للمرتهن فان القبض تابع لملك الرقبة البتة قوله وامتناع
النفوذ في البيع لامتناع القدرة على التسليم فان قلت انعدام القدرة على التسليم يوجب فساد العقد
لا توقفه على حصول القدرة الا ترى ان المصنف رحمه الله علل فساد البيع بانعدام القدرة على التسليم
في غير موضع من كتابه فيفتح عن ذلك اجيب بان انعدام القدرة انما يكون مفسدا اذا لم يكن العجز على
شرف الزوال اما اذا كان فلا يفسد بل يتوقف على رجوع القدرة على التسليم والعجز عن التسليم
في بيع المرهون على شرف الزوال باداء الدين قوله واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغوا
بل يؤخر الى اداء السعاية قلت صورة المسئلة ما اذا اوصى بان يملك الوارث رقبته لان
ثان العبد قبل التمليك يدخل في ملك الوارث اما اذا اوصى برقبته لان فان العبد الموصى برقبته
لا يدخل في ملك الوارث ثم قد يحتاج الى الفرق بين اعتاق الراهن واعتاق الوارث
العبد الموصى برقبته من حيث ان الراهن يضمن قيمته والوارث لا يضمن قيمة العبد الموصى
برقبته لان ان بل يسعى العبد للموصى له مع ان كلا منهما يبطل حقا لغيره وغاية ما يمكن ان يقال ان الوارث
قائم مقام مورثه والموصى له كالوارث والمريض اذا اعتق عبدا من التركة لا يخرج من الثلث يسعى بحصة
على السعاية فكذا الوارث اذا اعتق عبدا تعلق به حق الموصى له وفيه نظر لان المريض انما لا يضمن لعدم تضمينه
لانه لا شيء من ماله الا وهو مشغول بحق الوارث بخلاف الوارث لامكان تضمينه في نفس ماله
وفي الجامع جواب سؤال وهو انه اذا اوصى المريض برقبة عبده لانسان ولا مال له غيره ثم مات
فاعتق الوارث هذا العبد لا يعتق لحق الموصى له بهذا اللفظ والذي يتأمل فيه لان العبد الموصى برقبته
لانسان ولا مال له غيره ولم يجز الورثة الوصية يصير مشتركا بين الوارث والموصى ثلثه للوارث وثلثه
للموصى له فلو اعتق الوارث كان حكمه كحكم اعتاق احد الشريكين نصيبه من العبد المشترك فلا يتوقف الكلام
ههنا قوله يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لانه محل التلف والحال في حكم الشروط وفيه
تعذر تضمين المسبب يضمن صاحب الشروط كالحافر مع الرافع كذا في الكافي وفيه نظر لان صاحب

لان صاحب الشروط انما يضمن اذا كان متعديا كالحافر في ملك الغير والعبد غير متعد وايضا اذا اجتمع صاحب
السبب والشرط وكان صاحب السبب معتبرا كان الضمان على صاحب السبب ولا يكون عبارة عذرا في
تضمين صاحب الشرط وايضا صاحب الشرط اذا ضمن عند تعذر اضافة الضمان الى صاحب السبب وهذا
يرجع العبد على المولى عند يساره فعلم انه ليس ذلك من قبيل اضافة الضمان الى صاحب الشرط
عند تعذر اضافته الى صاحب السبب وقوله كالحافر مع الرافع مشكل والصواب كالحافر
مع الرافع اي مع نقل الواقع وهذا لان الرواية منصوصة بانه لا ضمان على الحافر مع الرافع نفسه
لانه اتلف نفسه فلا يضمن غيره وان اريد بالرافع الذي رفع غيره لا يستقيم التمثيل لان الضمان يكون
على الموقع الذي هو صاحب السبب لا على الحافر الذي هو صاحب الشرط فلفظ الرافع كان تصحيف
الكاتب قوله الا من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان وفيه بحث اما اولا فلان السعاية
اذا وجبت على العبد باعتبار انه ينتفع بالعتق لكانت بدلا عن المنفعة التي حصلت له فينبغي ان لا يرجع
به على غيره فانه من ضمن مالا باعتبار منفعة حصلت له لا يرجع به على غيره كالمشتري اذا استولد
الجارية المشتراة ثم استحقت حيث لا يرجع على البائع بالعقر كما يرجع عليه بالثمن وقيمة الولد لان
العقر وجب عليه بمنفعة حصلت له فلا يرجع على غيره واما ثانيا فلان الضمان لو كان بالخراج لم يكن له
ان يرجع به على غيره كمنفعة الحرم لما وجبت باعتبار ان غنمه له عليه لا يرجع به على غيره ولغير نظير ولما
ثالثا فان السعاية لو وجبت على العبد باعتبار ان الخراج بالضمان لوجب ان يجب عند يسار المعتق
ايضا اذ الخراج الذي يسلم له ثابت عند اليسار كما هو ثابت له عند الاعسار وبالجملة ان ايجاب
ان السعاية على العبد ان كانت باعتبار ان الخراج بالضمان وان الغنم بالغرم لزم ان لا يرجع
بما ضمن على المعتق ولا يختلف الجواب في حال اليسار والاعسار وان كانت بالاتلاف والتعدي
الى قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى فالمتلف والمتعدي في حق المرتهن هنا هو الراهن دون العبد
وضمان الاتلاف لا يجب الا على المتلف موسرا كان او معسرا وغاية ما يمكن ان يقال فيه تعارضت ههنا
ان الحديثين قوله عليه السلام الخراج بالضمان وفي حديث اخر الغنم بالغرم وما بمعناهما وقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم فالاول يقتضي ان يجب الضمان على العبد مطلقا ولا يكون له الرجوع على غيره مطلقا والثاني يقتضي ان
يجب الضمان على المعتق مطلقا فعملنا بالاول في حق الوجوب فاوجبنا عليه الضمان وبالثاني في حق الاداء
فالزمناه الاداء واذا اوجب ولزم اداؤه على العبد كان مضطرا في ادائه دين الغير ومن ادى دين غيره
رجع عليه اجماعا اذا ادى مضطرا ولكنا شرطنا اعسار المعتق اذ لا فائدة في الاداء عنه ثم الرجوع
عليه في الحال ولا الشرع لا يرد بما لا فائدة فيه فيتقيد الحكم بصورة اعسار المعتق وانما لم يعكس
في العمل بالدليلين لان العمل فيه مثله بالقوى في ان يقع لحق المجتهد في العمل بهذا الوجه دون العكس
على ان المتعدي احق بايجاب الضمان من غيره ثم قد يقال بان العبد بعد الاعتاق ويتنفس كالمولى
المعسر فايجاب السعاية على العبد دون الكسب مع المولى مع انه متعد دون العبد ما وجه اليه اللهم الا ان يكون

معنى كون المولى معسرا ان يكون فقيرا غير قادر على الكسب وبعد القدرة على الكسب غني او تعال الجاني
التعب على العبد الذي عليه اولى من الحاق على المولى المنعم مع ان العبد لاعتباره الكسب اقدر على من المولى
لعدم اعتبار ذلك فيكون المولى بالنسبة الى العبد كالعاجز عن الكسب والله اعلم قوله وثنا ويله اذا كانت
القيمة اقل من العين فان قلت اذا كانت مثل الدين فالجواب كذلك اجيب بان المراد بقوله اذا كانت القيمة
اقل من الدين امن تكون قيمته ممن يتعلق بكلها حق المرتهن فيتناول ما اذا كانت مثل الدين ايضا والكلام
على ما هذا المعطوف اقل من الدين او مثله لعرفته واما اذا كان الدين اقل بزكوة قوله وعنه هي التعليق
العتق فان العبد المشترك ان كان العتق كله باعتاق احد الشريكين عندهما فيعتق كله مجتهد فيه لا لخلو عن شبهة
عدمه وبزول هذه الشبهة بالضمان حيث يعتق كله عند اداء الضمان بالاتفاق وكان الضمان مكملا للعتق
حيث لا يبقى فيه شبهة عدمه ويصير مأمونا عن ان يحكم القاضي بعدم عتقه اخذا بمذهب ابي حنيفة رحمه الله
قوله لان الثابت للمرتهن حق الملك ان اراد بالملك حق الملك في رقبة العين فرقبة العين امانة
في يد المرتهن لا يصير مملوكا بحال فليس له فيها حقيقة الملك ولا حقه وان اراد ملك اليد فالمرهون مملوكا للمرتهن
يدا حقيقة وفيها من حيث اليد حقيقة الملك فقوله حق الملك مشكل وجوابه ان المرهون ان كان يدخل في ملك
المرتهن من حيث اليد حقيقة فملك اليد فيها غير متقرر انما يتقرر ذلك بالهلاك فقبل ان يتقرر كانه حق
حق الملك لا حقيقة نظرا الى انه لما كان غير متقرر فكانه ليس بثابت في الحال حقيقة فاعاله في الحال حق الملك
كحق المكاتب في ماله والمولى في مال المكاتب اي لو صار اي يصير مملوكا لا على سبيل التقرر قوله لان حق البائع
في الحبس اضعف الخ قلت قد قاس المصنف رحمه الله على اعلاق العبد المرهون على اعتاق العبد المشتري
قبل القبض من حيث ان اعتاق المشتري المبيع قبل القبض صحيح بالاتفاق مع تعلق حق البائع في حبسه
الى ان يستوفي الثمن فيصح اعتاق المرهون ايضا وان تعلق لحبسه حق المرتهن فلما كان حق البائع اضعف من حق
المرتهن لا يصح العكس اذ لا يلزم من صحة ابطال ادنى الحقين في ضمن التصرف في ملكه صحة ابطال اعلاهما اجيب
بان صحة اعتاق المبيع قبل القبض بناء على ان للمشتري ملك الرقبة وللبائع ملك اليد وملك الرقبة اقوى
فكان رعايته احق وهذا القدر موجود في اعتاق الرهن ايضا للقطع بان ملك اليد وان كان قويا في نفسه
فهو ضعيف بالقياس الى ملك الرقبة فلا نظر بمقابلته نعم لو كان صحة اعتاق المبيع قبل القبض بناء على ان
حق الحبس الذي للبائع ضعيف لم يكن العكس صحيحا وليس كذلك بل هو بناء على ما ذكره والله اعلم
قوله والمرتهن ينقلب حقه ملكا وفيه نظر اذ المرتهن لا يتملك العين المرهونة عند الهلاك في يده
لانها امانة في يده وحقه لا يتعلق بها انما يتعلق بالمالية وانها لا تملك المقصود لانها من الاوصاف
من الاوصاف وهي لا تملك قصدا نقل عن هذا في الشرح ان وقد مر ولا توجيه لقوله
ينقلب حقه ملكا لا بالنظر الى العين ولا بالنظر الى المالية وجوابه مثل ما مر قوله
وكذا عنده ان الدين لا يمنع البيع على اصله وفيه بحث لانه ان كان لا يمنع لا يمنع
البيع عنده ما دام المولى حيا فهو يمنعه اما اذا مات حيث يعتق كله فلو صح التدبير لعتق بهذا الموت المعنى

وحاصله ان قوله لكنه ينقلب حقه ملكا في الرقبة
عند الهلاك
المرتهن لا يملك العين المرهونة
في يده لانها امانة وحقه لا يتعلق كما
بالمالية ذات العين لانه لا يملك
قصدا لانها من الاوصاف
ولا يملك الاوصاف قصدا
كما في الشرح

هذا موت المولى وفيه ضرر بين المرتهن وايضا ليس التدبير الا تعليق العتق بمطلق موت المولى ما يملكه
ولا يملك التعليق الامن يملك التنجيز عند الشافعي رحمه الله حتى لا يصح تعليق الطلاق والعتاق عليه
وبسبب الملك فلما لم يكن الراهن تنجيز الاعتاق في المرهون وجب ان لا يملك تعليقه ايضا وذلك ان من
ان من شرط صحة التعليق ان يكون الجزاء واجب النزول عند ما اذا كان محلا للنزول في الحال فانه لما
كان محلا في الحال بالظاهر انه يبقى محلا عند وجود الشرط ايضا فينزل الجزاء غالبا فاما اذا لم يكن محلا لنزول
الجزاء في الحال ولم يتعين نزوله عند وجود الشرط مثل ان يعلق اعتاق عبد الغير على دخول الدار مثلا
فانه لا يصح وان اشترى بعد التعليق ثم وجد الشرط وتدبير الراهن كتعليق اعتاق عبد الغير بدخول الدار
لانه ليس بمحل للاعتاق في الحال ولا يتيقن بلزومه محلا بعد وجود الشرط وهو موت المولى لاحتمال
ان يكون رهنا بعد الموت ايضا فلا ينزل الجزاء عند الشافعي رحمه الله وايضا المعلق بالشرط
سبب في الحال عند الشافعي رحمه الله وعندنا هو سبب بعد وجود الشرط والسبب لا ينعقد الا
الا في محله اتفاقا والمعلق عند الشافعي رحمه الله لما كان عنده اذ الحال بشرط المحلية في الحال وعندنا لما كان
سببا عند وجود الشرط بشرط المحلية عنده اذ لا في الحال ويظهر ثمرة الخلاف فيما اذا كان لعبد الغير
اذا اشتريتك فانت حر او قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق صح فانه يصح عندنا باطل عند الشافعي
رحمه الله لانه لا يصح الاعتاق كعبد الهبة فلا يصح تعليق عتقه عنده بموت المولى لعدم المحلية في الحال
قوله يصح باعتبار التحقيق وهو ان للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى وهذا مشكل لانه يشعر بان حكم الاستيلاد
للاب في جارية الابن باعتبار ما له من حق التملك وليس كذلك اذ المصحح للاستيلاد اما حقيقة او حقه
اما حق التملك فلا يكفيه الا يرى انهم قدروا ملك الاب في الجارية قبيل الاستيلاد شرطا له على ما تحقيقه
في كتاب النكاح فلو كان للاب من حق التملك ما يكفي للاستيلاد لما كان احتيج الى اثبات حقيقة الملك
له قبيله كما ذكروا وقد صرحوا بانه انما يقدر الملك سابقا تصحيحا للاستيلاد وعللوه بان المصحح حقيقة الملك
او حقه وكل غير ثابت للاب فيها فلا بد من تقديمه وعن هذا ذكره الشارح ان قوله لانه يصح الى
استدلال لصحة الاستيلاد عند الشافعي رحمه الله لان الاستيلاد في جارية الابن كحقيقة الملك عندنا
لانه ملكها قبيل الوطء ولكن هذا ضعيف لانه اعتبار اعلى الحقين بادناهما لا يكاد يستقيم على مذهب
الشافعي رحمه الله لان حق المرتهن ادنى من حق الشريك مع انه يمنع الاعتاق عنده وحق الشريك لا يمنع
اذا كان المعتق موسرا او هو يصح ان يقال ليس المراد بقوله ما للاب في جارية الابن حق التملك بل
المراد هو الملك الثابت له قبيل الاستيلاد تصحيحا له وانما كان ذلك الملك ادنى الحقين لانه ثابت بالاقتضاء
والثابت به ثابت من وجه فلذا سماه حق التملك الثابت من كل وجه فاذا صح الاستيلاد بالملك الثابت للاب من وجه فلان يصح
بالملك الثابت من كل وجه للراهن اولى او نقال استيلاد الاب جارية ابنه انما كان يصح باعتبار حقيقة الملك الذي
يقدر قبيل الاستيلاد لكن ذلك التقدير قبيله هو بسبب حق التملك اذ لولا ذلك الحق لكان وطؤه كوطء اجنبي جارية
اذ يضاف صحة استيلاده الى ما له في جارية الابن من حق التملك قوله بطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين

منهما وقد يقال الاستيفاء بالرهن انما يكون بد بملك الرقبة على ما ينبئ التقريع به في غير موضع والمدبر
وام الولد لما كانا لا يقبلان التملك فهما يقبلان ثبوت اليد لغير المولى الا يرى ان غصبهما عند
بوجب الضمان وكذا غصب ام الولد عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وجوابه ان المرتهن وان كان مستوفيا
باليد لا بالرقبة فهذا الاستيفاء حكم الاستيفاء بالرقبة ولهذا يجب للراهن على المرتهن ما وجب له
عليه فيلتقيان قصاصا ولا يقبل بالاستيفاء بالرهن لا يقبل الاستيفاء الحقيقي وهما لا يقبلان
فلا يقبلان الاستيفاء بالرهن ايضا قوله ثم يبيع الا بقدر القيمة القصر بالاضافة الى الزايد
على قدر القيمة والا فهو يبيع في اقل من قيمته ومن الدين والله اعلم قوله والواجب عن هذا المستهلك احتراز
عن المرتهن فان عليه قيمته يوم القبض على ما يجي في الكتاب كذا في الشرح وفيه نظر لما ستقف عليه من
من ان المرتهن والاجنبي يستويان في الضمان للاستهلاك حيث لا يضمنان بسبب الاستهلاك سوى قيمته يوم
الاستهلاك لما قد تقرر ان المعتبر في الضمان الاتلاف قيمته يوم الاتلاف نعم يعتبر يوم القبض في ضمان الرهن
لكن ذلك لا يختص باستهلاك المرتهن اذ هو يصير مستوفيا قدر نقصان القيمة بحكم ضمان الرهن سواء كان الاستهلاك منه
او من غيره فالحصر ان المعتبر في ضمان الاستهلاك قيمته يوم الاستهلاك لاجنبي او المرتهن وفي ضمان الرهن
قيمته يوم القبض استهلكه المرتهن او الاجنبي فلا معنى للاحتراز عن المرتهن بقوله هذا المستهلك بل هو
احتراز عن المستهلك الغاصب لانه يضمن قيمته يوم القبض دون الاتلاف قوله ولو استهلكه المرتهن والدين
مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكان مضمونا وكانت رهنا في يده ضرحك وقد يشكل الفرق بين المرتهن
اذا استهلك المرهون وبين العدل اذا ضمن قيمة الرهن لا يكون القيمة رهنا عنده الا ان يأخذ منها
منه ويجعلاه رهنا وعللوه بان القيمة واجبة عليه فلو جعلناه رهنا يصير قاضيا وهذا بعينه بانه في ضمن
المرتهن قيمته والفرق ان القيمة الواجبة على الاكل لا يمكن ان تجعل رهنا الا باقتضاء ذمة اذا العدل
لا بد وان يكون نائبا في قبض الرهن عن الراهن والمرتهن جميعا والقيمة الواجبة على العدل لا يصح ان يكون
العدل امينا فيها لمن وجبت القيمة له حتى يصير رهنا قبل ان يؤخذ فلا بد من الاقتضاء رد العدل لا يصير
بقضائه عليه مع كونه قاضيا بخلاف المرتهن اذا استهلك الرهن ووجب عليه قيمته فان القيمة الواجبة
عليه يصلح ان يكون رهنا قبل الاقتضاء منه لانه قائم مقام ما كان مضمونا بالرهن ولا مانع من جعل
رهنا فيأخذ حكم الاصل كالثمن الواجب على المشتري من العدل وفي مسئلة العدل المانع متحقق وهو
عدم صلاحية كونه امينا فيما وجب عليه من القيمة لمن وجبت له فافترقا قوله لمنافاة بين العارية
وبين الرهن لا شك ان العارية تعارية تمجاد انه يشبه العارية وليست بعارية حقيقة لانها عبارة
عن تمليك المنافع والمرتهن لا يملك منافع الرهن فكيف يتصور تمليكها من غيره فالاولى ان يعلل بان
يد الراهن يد ملك وانه غير مضمون ويد المرتهن يد مضمون فاستحال ان يكون يد المالك يد المرتهن قوله فالضمان
ليس من لوازم الرهن على كل حال الا يرى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وانه لم يكن مضمونا بالهلاك وفي
وفي اي شيء من قبيل لا ثم ان الضمان ليس من لوازم الرهن في الرهن القصدي وما ذكرت وهو ضمني ثم لفظ بالاتفاق

وفي ضمان الرهن القيمة يوم القبض يستهلكه المرتهن او الاجنبي صح

مازاد

مازاد على قدر الرهن مرهونة برهن قصدي مع انه ليس بمضمون فالضمان ليس من لوازم الرهن القصدي
لانه قد يسوي ان الزيادة تصير مرهونة ضرورة امتناعها جنس الاصل وهو يتم بان يحصل الرهن فيها
ضمني اذ الثابت بالضرورة لا يكون قصديا فالصحيح ان الضمان ليس من لوازم مطلق الرهن لان
لازم الشيء لا يسقط عنه بحال حتى ان المقتضى يثبت مع لوازمه وان كان ضروريا وليس قبيل انه من لوازم
الرهن القصدي قلنا نعم يشترط ان يكون الرهن في يد المرتهن وبعض اعار للراهن فهذا القبض فيزول الضمان
المبني عليه ثم قوله حكم الرهن ثابت في ولد الرهن لا يخلو عن نوع اشتباه كان اراد بحكم الرهن عنده ما
ثبوت يد الاستيفاء اي ثبوت يد يصير مستوفيا دينه من مالية الرهن عند الهلاك وهذا ليس بثابت
في ولد الرهن لان الاستيفاء لا يحصل عند الهلاك اللهم الا اذا فسر يد الاستيفاء بيد الموصلة الى استيفاء
الدين من الراهن وذلك ان الراهن لعجز يتحقق الانتفاع بالرهن يتبادر الى قضاء الدين وحكم الرهن
بهذا التفسير ثابت في ولد الرهن ايضا قوله لان لكل واحد منهما مقاصة ما فيه فان قلت اذا استهلك
الرهن اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه مع ان كلا منهما مقاصة ما فيه قلت التخصيص بالشيء
لا يدل على نفي ما عداه فكون المرتهن خصما لا يدل على عدم كون الراهن خصما بل هو ايضا خصم الا ان المرتهن
احق والتعليل بقوله لانه احق بعين الرهن يدل عليه لانه افعل التفضيل فيقتضي ان يكون لغيره فيه
حق ايضا الا انه احق فيكون لكل حق الخصومة كما ان لكل حق الاسترداد هناك انه اي شيء وفيه نظر
لما عرف من اضيا المحققين رحمه الله ان التخصيص في الروايات يقتضي نفي ما عداه حيث قال في الظهار انه
اما المال الذي يعطى من الكرم لجواز التوضي به في الكتاب اشارة اليه حيث شرط الاعتصار وقال في الحكم
الحصر والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهد ولو سلم فلا يخفى ان ضمير الفصل في قوله هو الخصم
على التخصيص وانه للتخصيص للمسند بالمسند اليه فيدل على ان الخصم هو المرتهن ليس الا نعم ذكر بعض المحققين
من العلماء ان الفصل قد يكون لقصر المسند على المسند اليه نحو زيد هو افضل وقد يكون لمجرد التاكيد اذا كان
التخصيص حاصلا بدونه بان يكون في الكلام ما يفيد قصر المسند على المسند اليه نحو انه هو الرزاق او قصر المسند اليه
على المسند نحو الكرم هو التقوى اي لا كرم الا التقوى وقوله فالمرتهن هو الخصم من قبيل الكرم
هو التقوى فيفيد قصر المسند اليه على المسند اي ليس المرتهن الا الخصم لا قصر المسند على المسند اليه فلا يدل
على عدم كون الراهن خصما ولكن ما ذكر في اي شيء من قوله بل هو خصم ايضا لا يكاد يستقيم لما عرف
ان المرهون اذا سرق والسارق يقطع بخصومة المرتهن والراهن ولكن انما يقطع بخصومة الراهن حال
قيام الرهن بعد قضاء الدين وعللوه بان السارق انما يقطع بخصومة من له الاسترداد وليس للراهن
ذلك قبل قضاء الدين ولا بعد هلاكه في يد السارق لانه اذا هلك الرهن في يده لا يبقى للراهن حق المطالبة لاستيفاء
المرتهن حقه بعد الرهن هذا يدل على ان الراهن ليس بخصم في تضمين الاجنبي اذا استهلكه في يد المرتهن لانه ليس له
ولاية الاسترداد للعين بعد الهلاك فكذا في السرقة لو ادى قيمته والاستدلال بصيغة التفضيل غير سديد لانه يدل
على رجحان حق المرتهن والرجوح ساقط بمقابلة الراجح قوله اذا لم يكن للراهن ولاية الاسترداد للعين

قبل قضاء الدين بنقل قوله ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل منهما حقا محترما فيه
اجيب بان الراهن انما يمنع عن استرداد العين لنفسه لا عن رده رهنا فيمنع ان يخاصم المستعير
ويجبره على التسليم الى المرتهن وهو هو المراد بقوله يرده رهنا وذلك لان الراهن يحتاج الى رده رهنا
اعادة للضمان الذي به يصير موفيا دينه بالايفاء الحكمي لان هذا الضمان قد زال بالاعادة حتى لو هلك
يهلك بحا ناد الراهن ربما لا يرضى به فلو لم يكن له ولاية الرد لتضرر فعلى هذا يراد بقوله حقا هو حق
الايفاء للراهن وحق الاستيفاء للمرتهن بخلاف ما اذا استهلكه اجنبي فان الضمان لا يزول بل يبقى
مضمونا على المرتهن فلا يحتاج الراهن الى الرد لاعادة ضمان الرهن فلا يثبت له ذلك قوله
لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر اي لان غرض المعير ان يصير المستعير مستوفيا لاكثر المالين
الذي سماه المعير دون ما رهنه المستعير به من اقل المالين لان يكون المراد منه ان يصير المعير مستوفيا
لاكثر من قيمة الثوب الذي اعاده للرهن كذا في الشرح وقيل معناه ان غرض المعير ان يصير المرتهن
مستوفيا للاكثر بمقابلة الدين عند الهلاك ليرجع المعير به على المستعير قلت والمعنى الثاني اصح اذ الاول
يأباه قوله ليرجع عليه الا ان يجعل اللام بمعنى الوقت اي لان غرضه ان يصير المعير مستوفيا
لاكثر المالين الذي سماه بمقابلة مالية المرهون عند الهلاك وقت رجوع المعير على المستعير قوله
وكذا التقييد بالجنس بان رهن الدراهم وقد عين الدنانير كذا في حاشية الكنز وانه يشكل
بما اذا سمع الشفيع ان الدار بيعت بالدراهم وسلم الشفعة ثم ظهر انها بيعت بالدنانير لم يكن
له الشفعة فقدر الدراهم والدنانير جنسا واحدا واعتبرهما جنسين والفرق والله اعلم ان حق
الشفعة ضعيف حتى يبطل بالسكوت وترك الاشهاد والمجانسة بين الثمنين ثابتة من وجه فلاوله
شبهة التسليم فيبطل به الشفعة قلت لانه ملكه باداء الضمان فان قلت نعم ولكن مستند الى سبب
الضمان وسببه هنا ليس الا التسليم والرهن متاخر عن التسليم اجيب بان التام من الرهن
هو المتقيد بالتعاطي عند قبض المرتهن والقبض متاخر عن سبب الضمان دون الاولى السابق
على التسليم الذي هو سبب الضمان واجيب ايضا بانه لما خالف انقلب قبضه السابق غصبا لانه
حين قبضه بشرط ان لا يخالف فاذا خالف فات رضاه بالقبض فانقلب غصبا وكذا انما لم يثبت ان
الواجب على المستعير قيمته يوم القبض قوله ووجب مثله ثوب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله
بهذا القدر وهو الموجب للرجوع قوله المستعير ايضا قاضيا دينه باثبات ملك اليد للمرتهن فقط فلو ضمنه
المعير لثبت له ذلك باخذ من المستعير ملك الرقبة وفيه رد لقوله بان ملك اليد هو المقصود
وملك الرقبة تابع فلا يعتبر به قوله ولهذا يرجع على الراهن بما ادى قال اتاني دعوهنا غير يجري
على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما ادى بقدر الدين ولا يرجع باكثر من ذلك
لانه ذكر في الايضاح وفتاوى قاضيخان فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك رجع بقدر ما يهلك
من الدين ولا يرجع باكثر من ذلك مثلا اذا كان قيمة الرهن الفا فرهنه بالفين فافتكه المالك بالفين يرجع

بقدر

بقدر ما يهلك به الدين وهو الالف لا باكثر منه حتى لو هلك فيه الرهن لا يضمن الراهن المعير باكثر من ذلك
فكذا اذا افتكه كان متبرعا بالزيادة الى هنا لفظه وهذا مشكل لانه وقع التصريح في غير موضع
بان معير الرهن انما يرجع على المستعير اذا افتكه باداء الدين لانه مضطر في ادائه من حيث
انه لا يتوسل الى الانتفاع بملكه الا بالافتكاك فاذا كان الموجب للرجوع هو الاضطرار
لكان ينبغي ان يرجع بما ادى سواء كان ذلك بقدر ما يهلك به الدين او اكثر كما يضطر الى
الافتكاك فيما اذا كانت قيمته مثل الدين يضطر اليه فيما اذا كان الدين اكثر من قيمته لا يتمكن
من الانتفاع بملكه الا باداء الدين ايضا فقياس صورة الافتكاك على صورة الهلاك غير مستقيم
اذ الرجوع الى الراهن في صورة الهلاك باعتبار انه اوفى دينه بمال المعير فلا يرجع المعير عليه الا
بقدر ما اوفى دينه من ماله والايفاء بقدر القيمة فيما اذا رهنه بالعين وقيمته الف فلا يرجع الا بقدر
القيمة دون الزيادة عليها وفي صورة الافتكاك الرجوع انما يكون باعتبار كونه مضطرا الى اداء الدين
حيث لا يمكنه تخليص ملكه الا باداء كل ما رهنه من الدين يرجع بكل الدين وان كان زائدا على قدر
القيمة كان يتقاس الصورتان والموجب للرجوع في كل منهما غير ما هو الموجب في الاخرى وايضا المعير لو كان
متبرعا بالزيادة على قدر ما يهلك بالدين لو لزم ان يكون متبرعا بقدر ما ايضا لانه لو كان متبرعا بالزيادة كان المرتهن ان
لا يقبل قبضه رهنا كما كان فلا يتمكن المعير من تخليص ملكه باداء ما يرجع به على المستعير عند الهلاك
فيكون متبرعا باداءه اذ الموجب لكونه غير متبرع هو انه تخليص به ملكه على ما اشار اليه في الكتاب بقوله لانه غير متبرع
حيث يخلص به ملكه فظاهر ان التخليص انما يكون باداء الدين فلا يكون في اداء ذلك القدر مخلصا ملكه
فيكون متبرعا ضرورة ان الموجب لكونه غير متبرع وهو التخليص فاينع ثم قوله بل معناه يرجع بما ادى اذا كان
ما ادى بقدر الدين لا يؤدي المقصود للقطع بانه اذا رهن عند قيمته الف بالفين فادى المعير الالفين
وافتكه فانه لا يرجع على الراهن المستعير على اختيار الشارح والايضاح الا بقدر قيمته مع ان المؤدى
بقدر الدين فكان الصواب ان يقول بل معناه اذا كان ما ادى بقدر ما يهلك به الرهن اما اذا زاد عليه
فلا يرجع بالزيادة ثم يشكل الفرق بين معير الرهن وبين ما اذا اشترى رجلان عبدا فادى احدهما
حصة الاخر من الثمن وذلك ان المعير لا يكون متطوعا بما ادى المستعير سواء كان المستعير حاضرا او غائبا
والشريك انما يرجع اذا كان صاحبه غائبا لا يتمكن من رفع الامر الى القاضي اما اذا كان حاضرا فلا يرجع عليه
لانه غير مضطر في الاداء لامكان ان يرفع الامر الى القاضي فيأمره القاضي باداء حصته من الثمن فيتمكن الشريك
من قبض حصته من العبد والمعير يرجع الى المستعير سواء امكنه المرافعة الى القاضي بان يكون المستعير حاضرا
او لم يمكنه بان يكون غائبا فلا بد من وجه الفرق وقد ذكرنا الفرق سابقا فليرجع اليه قوله فالقول قول
الراهن انه كان قبل قبضها رهنا مضمونا عليه بالرهن وهو يدعي سقوط الضمان بالافتكاك فلا يقبل قوله
في ذلك الا بحجة كالغاصب يدعي اداء المغصوب قلنا الرهن وان كان امانة بدالاستيفاء وعلى حقيقة
الاستيفاء بالهلاك فاذا ادعى الهلاك في يد المرتهن فقد انكر الايفاء حقيقة والضمان سابق الهلاك وكان

منكر الضمان كذا في الكافي وتوضيحه ان الرهن انعقد للايفاء من مال المرهون فرجوع المعير مبني على تقرر
الايفاء بالهلاك في يد المرتهن وقد انكر المستعير الهلاك بعد الانفكاك وكان منكرا للضمان لسقوطه بعد
الوجوب بخلاف الغاصب فان الضمان قد وجب عليه وهو يدعي سقوطه باداء المغصوب والمالك ينكره
فيكون القول للمنكر ولكن لقائل ان يقول ان الموجب لوجوب الضمان للمعير على المستعير انما
هو ايفاء المستعير دينه بمال المعير وقد وجد الايفاء بالرهن البتة ولكنه يحتمل النقض بالانفكاك كما ان
الموجب للضمان هو الغصب على ان الغصب يحتمل النقض برد المغصوب الى المالك فدعوى المستعير
انفكاكه ثم الهلاك في يده كدعوى الغاصب دون النقض الى مالكه فان كان لا ينكر سقوط الضمان بعد ثبوته
بعوض التقرر فلان الغاصب اعتبر مدعيا للسقوط بعد الوجوب والمالك كذلك يجب ان يعتبر المستعير مدعيا
بسقوط الضمان للمعير والمعير منكر السقوط بعد الثبوت بعوض صفة التقرر فالفرق مشكل قوله
كما لو اختلفا في مقدار ما امره هكذا وقع في بعض النسخ وكذا في الصواب ولو اختلفا ان في لفظ كما اختلف
الغرض اذ في الاول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه كذا في الشرح وقد يصح
بان التشبيه انما هو ان في كل من هاتين المسئلتين القول قول المنكر مع يمينه وفيه نظر لانهما اذا اختلفا
في مقدار ما امره بالرهن بان قال امرتك بالرهن بعشرين وقال المستعير امرتني بعشرة فلا يخفى ان كلا
منهما منكر لما يدعيه صاحبه وكان القول قول المعير باعتبار انه منكر لم يكن هو احق باعتباره من
المستعير لاستوائهما في الانكار بل اعتبار قول المعير من جهة اخرى وهو انه لو انكر الاصل كان القول قوله
وكذا لو انكر الوصف فالجواب ان التشبيه هنا مثل تشبيه بعض من الفقهاء كثيرا فانهم كثيرا ما يشبهون
عكس المسئلة فيقولون معناه قولنا وعكسه كذا ومثله تمثيلا لاحد النقيضين بالاخر وكلام صاحب المحيط
والاظهر منحو نحو هذا التشبيه يعرف ذلك بالتصفح والله اعلم قوله فلا ضمان على الراهن
اي ضمان التعدي الذي حصل بالاستخدام او الركوب والا فلا شك في وجوب الضمان عليه واعتبار
بالهلاك في يد المرتهن موفيا دينه بمال الغير فان هلاك الرهن في يد المرتهن يوجب ثبوت الاستيفاء سواء
هلك بعد قضاء الدين او قبل الا يرى انه يجب على المرتهن رد ما استوفى من الدين الى من استوفى منه واذا
صار الراهن موفيا دينه بالهلاك ولو بعد قضاء الدين وجب عليه اداء مثل الدين الى المعير لادائه
من ماله باذنه قوله فان كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق فتبرا عن الضمان قلت المستعير اذا خالف ثم عاد
المكان لا يبرا عن الضمان ما لم يصل العين الى صاحبه وهذا مستعير قد خالف فكيف يبرا عن الضمان قبل
وصول المال الى صاحبه قلت هذا المستعير نظير المودع لان تسليمه الى المرتهن يرجع الى تحقيق مقصود
المعير حتى لو هلك يصير دينه مقضيا فيستوجب المعير الرجوع فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكما فلهذا يبرا
من الضمان فان قلت يشكل بما لو افتكه الراهن ثم استعمله فهو ضامن ولو ترك الاستعمال ثم هلك بآفة
اخرى لا ضمان عليه ايضا مع انه لم يوجد الرد بعد الاستعمال الى المعير والجواب هو تحقيق مقصود المعير هو
التسليم الى المرتهن قلت ان لم يوجد ذلك فقد وجد الرد الى نائب المعير وهو المستعير لان الراهن الذي هو

المستعير

المستعير بعد انفكاكه مودع والمودع يبرا بالرد الى الوفاق كذا في الشرح وقيل كما ذكر انه رجع في كتاب
الوديعة نقلا عن الكردري رحمه الله ان الوديعة خاصة والامانة عامة فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا
والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان والقته
في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرا عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرا عن الضمان
بعد الخلاف هذا كلامه فعلى هذا التحقيق كان العين في يد المستعير بعد انفكاكه امانة لان الاستحفاظ
لم يثبت قصدا وما ثبت من الاستحفاظ في ضمن الاعارة لانتهاء حكمها الا يرى انه لو استعار دابة الى الحيرة
ذاهبا لا جائيا ثم جاوز عن الحيرة الى القادسية ثم ردها الى الحيرة لم يبرا عن الضمان بالاتفاق فاذا كان
العين بعد انفكاكه امانة وجب ان لا يبرا عن الضمان اذا خالف كما هو الحكم في سائر الامانات وقد اجيب
في الشرح ... بان المستعير بعد انفكاكه يعمل للمعير لانه افتكه ليرده عليه فيصير بمنزلة المودع من حيث انه
يحصل مقصود الامر ولو تحفظ فلما كان مودعا من وجه وعاملا لنفسه من وجه لان يكون مودعا هاهنا
وانه عامل للمعير من كل وجه اولى هذا الكلام وفيه نظر لما ذكره في الذخيرة ان رد العارية في مسئلة الرهن
على المعير لا على المستعير فلا يتعين افتكاكه للرد الى المعير اذ الرد غير لازم عليه فلا يكون عاملا له الا ان
يقال الرد في مسئلة الرهن وان كان لا يجب على المستعير فتمكين المعير من الاسترداد واجب عليه فيكون
افتكاكه للتمكين الواجب عليه على المعير فيحمل قوله افتكه ليرده انه افتكه ليتمكن من الاسترداد والله اعلم
قوله فيصير مستوفيا الكل من الابتداء ... بطريق الاستناد الى القبض وانما يأخذ المدفوعة بدل المائة
المتلوفة على ملكه على حسب النكتة الاولى لانه عند الهلاك يستند الاستيفاء الى القبض السابق فصار كانه قبض
كلها ثم الغائب انتقل ما له منها في التقدير فياخذها بدلا عن المتلوف على ملكه فعلى هذا لا يصير المائة المدفوعة
رهنا والنكتة الثانية يشير الى انها رهن اذا لم يحل الاجل كذا في الكافي قوله او نقول لا يمكن
ان يجعل مستوفيا الالف بمائة فتنتقل الى المائة المدفوعة ضمان مائة من الدين ويذهب تسعمائة
منه بذهاب العين فيصير الى المائة المدفوعة رهنا بمائة فياخذ المرتهن مائة من دينه اذا حل الاجل قوله
يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك يشير هذا اللفظ الى ان المائة الماخوذة من القاتل تصير رهنا
وذلك لانه اعتبر الهلاك على هذا التخريج مع اجزاء العين لا غير فيجعل جزء من عشرة اجزائه كالباقي
من حيث انه هلك الى خلف ولو كان تسعة اجزاء من اجزائه ... باقيا من الدين فكذا
اذا كان باقيا حكما ببقاء خلفه قوله بخلاف ما اذا مات من غير قتل اي لو يجيء البائع بعد تراجع
السعر في صورة القتل هو المائة وذلك لا يصلح لاستيفاء الالف فلما كان الى هو الاحق في صورة الموت
حتى انه الباقي بعد تراجع السعر هو العبد والبدل القائم عليه يصلح لاستيفاء الالف قوله
لان العبد كالحاصل له بعوض كان اشتراه من ولي الجناية كذا في الكافي فان قلت لو كان بمنزلة
الشراء لما بقي ولد الرهن مرهونا مع امه بعد اخذ الراهن كما لو اشتراه بعد الدفع الى ولي الجناية
والمسئلة بخلافه قلت جوابه قد ذكر في الهداية فعليك به والظاهر من تعقيبه للشيخ رحمه الله قوله لو كان

على المرتهن بان المؤثر في سقوط الدين بعد هذا العوض على المرتهن وذلك انما حصل لمعوض
كان على المرتهن برجوع على المرتهن بذلك لانه دفع قبه من جهة وللمرتهن على الراهن مثلا فبلغتها
قصاصا وهو اشارة وجواز لسقوط دين المرتهن فقد ذكر لوجهين احدهما انما ادى الفداء
الذى كان على المرتهن وهو مضطر فهو لتخلص ملكه ثبت له حق الرجوع بذلك على المرتهن والعلم
مثل فصار قصاصا والثانى انه لما استحق العبد لولى الجناية صار كانه رجع اليه بمعنى في يد المرتهن
فصار كالهالك بل فيصير بالهلاك مستوفيا دينه بالقبض السابق ولا يكون للمرتهن سبيل على الراهن
الرهن بعد فواته كالمشترى من ولى الجناية قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا يستوفى رقبته اى بعد
ما قتل خطاء كما في الحاشية وكانه انما قيد به لدلالة قوله فما بعد لان دين العبد مقدم على دين
المرتهن وحق ولى الجناية ولكن قوله وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين
العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان لدل على ان المسئلة غير مفروضة فيما اذا قتل
قتلا لانه لو كانت المسئلة مفروضة فيه لكان ينبغى ان يرد ما فضل من دين العبد الى ولى الجناية لا ان يجعل
ذلك رهنا لان حق ولى الجناية لا ان يجعل ذلك رهنا لان حق ولى الجناية مقدم على حق المرتهن
صرح به في الشافي قوله فان فضل شئ فان قلت كيف يتصور الفضل عند استغراق الدين رقبته
اجيب بان المراد بقى شئ من ثمن العبد بعد اداء الدين دين الغريم وجاز ان يفضل الثمن من الدين مع
كونه يستغرق رقبته من حيث القيمة اذ الثمن هو ما يتفق عليه العاقدين وقد يتفقان على اكثر من قيمته فيفضل
الثمن عليها وان استوعب رقبته بقيمته قوله ثم صار خلا فيشبه انه لو لم يصر خلا
بطل الرهن واليه يشير ما ذكر في الكافي من قوله واذا صار خلا فقد زال العارض قبل تقرر حكمه فجعل كان لم
يكن بهذا الكلام فقد جعل التخمر عارضا والعارض هو المانع فيدل على ان التخمر يمنع الرهن ولكن التعليل
بكون الخمر محلا لبقاء الرهن وان لم يكن محلا للابتداء يشعر بان التخمر الرهن بعد التخمر باق في الخمر كما كان
في العصير وان كان التخمر لا يوجب شيئا من التغيير بل بعد التخمر كل الرهن كما كان عليه في البداية كما
في الابتداء وهذا لهنات ظاهرة ولله در المصنف رحمه الله اقتصر في التعليل على كون الخمر محلا لبقاء الرهن
ولم يتعرض لما ذكر في الكافي من قوله واذا صار خلا فقد زال العارض قبل تقرر حكمه فجعل كان لم يكن لان جعل التخمر
عارضا بناء في جعل الخمر محلا لبقاء الرهن على ما لا يخفى وجوابه ان في كون الخمر محلا لبقاء البيع روايتين
في رواية هو محل لبقائه وفي رواية ليس بمحل لبقائه ايضا فالتعليل يكون محلا لبقاء الرهن بناء على
ما قال البعض من ان الخمر محل لبقاء البيع فيكون محلا لبقاء الرهن والتعليل بانه لما صار الرهن خمرا ثم خلا فقد زال
العارض قبل تقرر حكمه كما هو المذكور في الكافي بناء على ما قال البعض من ان الخمر ليس بمحل لبقاء الرهن
ايضا فاشترط صيرورته خلا لكون الجواب على الاتفاق لروايتين فانه اذا لم يصر خلا وان كان يبقى الرهن
عند البعض فانه لا يبقى عند الاخرين واما اذا صار خلا فيبقى الرهن بالاتفاق قوله والخمر وان لم يكن
محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء فان قلت ما وجه ما ذكره في الحاشية فالابتداء والبقاء فيه سواء كالخمر فيه

في باب النكاح يستوى الابتداء والبقاء فانه لا يجوز نكاح المحرم ولو صارت محرما بعد النكاح بطل النكاح
قوله بان الاستواء بين الابتداء والبقاء انما يكون في محل يوجه الحرمية فانها ليست بمحل للنكاح
قوله اما ما يكون بخلاف فيه دون فيه فالبقاء فيه يغاير الابتداء حيث لا ينعقد العقد فيه
ولو انعقد لا يبطل والخمر محل للبيع والرهن من حيث هي انه مال وليس بمحل لهما من حيث انه ليس
بمتقوم فلا ينعقد البيع فيه وكذا الرهن ولو انعقد في العصير ثم تخمر لا يبطل وبنظيره مكاتبة الاب
اذا ماتت الاب وورثته الابن ثم الكتابة لا تجوز مكاتبة الاب اذا مات الاب زوج السيد مكاتبتها
ثم ماتت بقى النكاح لان مكاتبة الاب بعد موته محل للنكاح من حيث انه لا تملك بالموت وليس بمحل له
من حيث انها يملك رقبتها فيكون كالكل لو وقعها فلا يصح النكاح ابتداء ولا يبطل النكاح اذا انعقد في حقوق الاب
قوله ومن اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض فسخ العقد لانه تخمر لتصريح بان العقد لا يفسد بتخمر العصير قبل القبض
وذكر الشارح ان المسلم اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض بعد الدار يبطل الوجوع على رواية
الكتاب بين تخمر العصير قبل القبض وبين الاسلام المتعاقدين او احدهما قبل قبض الخمر اذ العقد
يبطل بالاسلام بعلة ان الاسلام مانع عن القبض الذى له شبه بالعقد من حيث انه يستفاد به ملك التصرف
كما يستفاد بالعقد ملك الرقبة وبالتخمر لا يبطل فكيف ان يبطل به ايضا كما ذكر الشارح بالعلة
المذكورة وجوابه ان في مسئلة الاسلام ايضا اختلاف الروايتين اشار اليه المصنف رحمه الله في باب الكتابة
الفاسدة والمستوفى متساويا التخمر والاسلام حيث لا يفسد البيع فيهما عند البعض ولا يفسد البيع فيهما
عند البعض فلا اشكال في الوجه ثم تشكل بان التخمر يقتضى انه لا يكون له ولاية الرد بعد التمليك تمليك الاول
الامام من قوله لو كان المشترى بالخيار عبدا مأذونا له فابراه البائع عن الثمن في المدة يبقى خياره عنده
لان الرد امتناع عن التمليك والمأذون له يليه وعندهما يبطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه
تمليكا بلا عوض وهو ليس من اهل هذا التمليك والعصير نملكه بخمر والمشترى ثم لا يرد له ملكه بالتخمر
لانه ليس من اسباب زوال الملك فيتوهم ما في الكافي فكان ينبغى ان يحكم الخيار الثابت له بالتغير وصف المبيع
تمليكا وتملك الخمر باطل وبهذا اذا اشترى ذمى خمرا على انه بالخيار ثم اسلم يبطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك
ردها وليس فيما البعض الرد قبل القبض فسخ البيع لانه تمليك فلا ايضا حكم خيار الشرط ايضا فيه سواء لا يجوز
الوثوق بتجرد رحمهما الله في الخمر اذا اسلم المتعاقدين قوله لان البيع ينتقض بهلاك المنقض
العوض فلا يكمل الوجه بين هذا وبين ما اذا قتل العبد المبيع عبد فرفع العبد القاتل مكانه حيث لا ينتقض
البيع هناك لقيام الثانى مقام الاول حيث لا ينتقض في هذه المسئلة بعد عوض بعض المحل او اداء الوجوب
ان المبيع ومسئلة الثانى قد هلك بوزنها ثم تجب بعض بالزيادة والعقد ينتقض بمجرد الهلاك فلا يعود ومسئلة
العبد ان هلك حقيقة فهو ليس بهالك حكما لقيام العبد المدفوع مقامه دون ما في البيع قوله وقد ذكرناه في البيوع
فان قلت ظاهر يقتضى انه ذكر في البيوع الاختلاف من جهة ما قد يجمع كما ذكر هنا في الرهن في الثمن والمثمن والمهر
والتلوم وهو لم يذكر هناك الا الاختلاف في الرد المثمن فلو اله البيع بما له قلنا انه اذ لم يذكر في البيوع الاصل

في جميع ما علاه هو ناصر يجاخذ ذكر حكما مع حيث انه اشار الى علة الاختلاف في جميع ذلك يعرف
بالتامل قوله بل دونه بسابق علم المرتهن يعني ولو حكما كما لو رهن بالقرض الموعود قوله يوجب الشيوع
في الرهن وهو غير مشروع وذلك ان الرهن كان كله رهنا بالدين الاول بحيث لو هلك يهلك به ثم لو جعل
رهنا بالثاني كان رهنا به على وجه يكون محبوسا لكله به بحيث لو هلك يهلك كله به متعذر فبالضرورة
يحكم بقسمة على الدينين فيقع الشيوع ولا يمكن الالحاق باصل العقد حتى يصير كله رهنا بالدينين
بعقد واحد حتى لو هلك يهلك بهما لان الدين ليس بمعقود عليه الى اخره قوله واذا ولدت المرهونة
وكذا ثم ان الرهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد منهما الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم
ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام وذلك ان الرهن فيه انما
يثبت باثبات الراهن وقد جعله زيادة مع الولد دون الام فيثبت على هذا الوجه فينظر الى قيمة
الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فما اصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وعلى
قيمة الزيادة يوم قبضه كذا في الكافي وقد قيل عليه انه صرح في الكافي اولا بان الولد لا يتبع
الزيادة حال بقاء اصله لان الولد تبع فلا يستتبع غيره حتى يقسم الدين اولا على الام والولد ثم
ما اصاب الام يقسم بينها وبين ولدها قيمتها فان حصلت الزيادة بعد هلاك الام يكون رهنا تبعا للولد
لان الولد صار اصلا حتى يقسم الدين اولا على الام والولد ثم ما اصاب الولد يقسم بينه وبين الزيادة
بشرط بقاء الولد الى وقت الفكاك هذا لفظه وهذا تصريح بان الولد يستتبع الزيادة حال بقاء الاصل
وهنا قد جعل الولد اصلا يستتبع الزيادة مع بقاء اصله وهو الام ولا يمكن ان يحمل هذا على ما اذا ماتت
الام بعد الولادة ثم زيد مع الولد عبد كما هو المذكور في بعض الحواشي لانه ذكر مسئلة موت الام بعد الولادة وزيادة
العبد بعد موتها سابقا فلو حملت هذه المسئلة على ما اذا ماتت الام بعد الولادة ثم زيد العبد لكان تكرارا محضا
مع ان التعليل بقوله لانه جعله زيادة مع الولد دون الام في حالها عليه لان الزيادة في بقية تبعا للولد
سواء زاد الرهن مع الولد او سكت عن ذلك فلا يكون المؤثر في زيادة الراهن العبد مع الولد بل المؤثر
في صيرورة الولد اصلا بموت الام وحيث جعل المؤثر زيادة العبد مع الولد علم ان المسئلة مصورة فيما
اذا كانت الام حية ان يقال قوله ان الولد لا يستتبع الزيادة معناه انه لا يجعل الزيادة بنفسه تبعا للولد
فاما ان يجعل الراهن الزيادة تبعا للولد فلا منع لانه وان كان تبعا فهو محل لان يجعل اصلا والله اعلم
قوله فاحلف فهو حلال لكن ان قوله ليس بتمليك فيه اشارة الى ان الاحلال ليس بتمليك وذكر
في الزاهدي في قوله تعالى حلالا طيبا انه بالاباحة لا يصير ملكا له قوله او بالتعاطي بيطوع شرف بما ليس
الاداء الدين وانقاء المتطوع وقد جعلوا انقاء المتطوع في الدين عن الكفيل كابراء الطالب الكفيل عنه حتى لا يرجع
الكفيل في صورة انقاء المتطوع كما لا يرجع في صورة الابراء وعلله في الذخيرة بان المتطوع بقضاء الدين عن الغير
لاسقاط الدين عنه لا بتمليك فصار هذا والابراء سواء فيجب ان يهلك الرهن بالدين في صورة انقاء المتطوع كما

في قوله تعالى حلالا طيبا انه بالاباحة لا يصير ملكا له

لا يرجع

لا يرجع الكفيل فيه على ما ذكر في مسئلة الكفالة اذ يرجع الكفيل فيه كما يهلك الكفيل بالدين على ما ذكر هنا فلان
من حيث الوزن قوله وبالاستيفاء لا يسقط الى قوله فاما هو في نفسه قائم وههنا نظر اما اولا فلان الدين لو كان
قائما بعد الاستيفاء لكان موصلا الى اداء الدين فلا يصح الا بما يمكن استيفاء الدين بعد الاستيفاء لكان
الدين لا يسقط فالاستيفاء يتعذر لا محالة فلا يقبل الرهن فائدة فلا يصح اما بقاء الرهن مع تعذر
الاستيفاء فيجوز لان البقاء اسهل من الابتداء وفيه نوع فائدة ايضا وهو ان الاستيفاء ايضا ينتقض
بهلاك الرهن قبل القبض الى الراهن واما ثانيا فلان هذا الايراد يستقيم فيما اذا رهن عينا
بالمسلم فيه او فيما اذا ارتهن لما عرف انه ما يؤديه المسلم اليه الى رب السلم فهو في حكم عين الواجب في ذمته
لئلا يلزم الاستبدال المحرم بالنص فظاهر ان الشيء بعد استيفاء عينه لا يتصور بقاؤه في الذمة
وجوابه ان المؤدى في السلم انما جعل في حكم عين الواجب مع انه غير حقيقة ضرورة حرمة
الاستبدال فيتقدر بقدرها على الاصل والرهن امر وراء الاستبدال ثم تشكل في صورة القرض لما صرح به
المص رحمه الله تعالى في السلم ان المردود في القرض عين المأخوذ حكما مطلقا لان القرض اعارة ولهذا ينعقد
بلفظ الاعارة فاذا كان المردود عين المأخوذ كان في ضرورته سقوط الدين فينبغي ان لا يبقى الرهن
فيما اذا استقرض شيئا ثم رهن به ثم اوفاه واطلاق المسئلة يقتضي ان الرهن يبقى في باب القرض
ايضا واما ثالثا فلان الامام فخر الاسلام وغيره من ائمة الاصول جعلوا انقاء الدين من قسم الاداء المحض
دون القضاء والاداء وعين الحق بدون تغييره في الوصف فهو مشعر بان الدين لا يبقى في الذمة
بعد الاستيفاء ضرورة انه لما صار عينه هو الذي له الحق لا يتصور بقاؤه بعد ذلك واما رابعا
فلما ذكر في الكافي في باب الاختلاف في الشهادة حيث قال ولو ادعى الغريم الايفاء فشهد بالابراء
والتحليل يقبل لان الايفاء اثبات القبض والبراءة وقد شهد ببعض ما ادعى ولو ادعى انه ابراء او
فشهد على اقرار الطالب بالاستيفاء سئل الغريم فان فسره بالاستيفاء يقبل لانه وفق وان فسر
بغيره لا يقبل لانهما شهدا باكثر هذا كلامه فلو كان الابراء اسقاط الدين والاستيفاء تقريره وجب
ان لا يقبل الشهادة في المسئلة الاولى لانهما شهدا بضد ما ادعى وان يصح تفسير الابراء بالاستيفاء
في الثانية لعدم صحة التفسير بالمناقض وايضا يشكل بما لو قال لفلان علي الف ثم قال قضيتها اياه فقبل
ان اقر بها واقام البينة لم تقبل بينته لان اقراره يوجب كون الالف عليه وقت الاقرار فاذا ادعى
القضاء قبل ذلك وانه يوجب سقوط الدين عنه كان مناقضا الا انه اذا ادعى انه قضاه قبل موصلا
يقبل استحسانا لان اللفظ يذكر ويراد به انه كان عليه فيوصل باقراره دليلا على المجاز يقبل
والا لا لانه بيان تغيير كذا في الذخيرة فلو كان الاستيفاء مقررا للدين وجب ان يقبل البينة
في هذه المسئلة مطلقا لان القضاء مقرر لا يسقط فلا يكون مناقضا قوله او صالح عنها على عين
لانه استيفاء قلت يشكل هذا بما ذكر التمرتاشي من الحيل فيما اذا قال الزوج لامرأته ان لم تهبي
صداقك اليوم فانت طالق وقال ابوها ان وهبتيه صداقك فامك طالق حيث قال والحيلة في ان لا يحنثا

وهي ان يطالع على مهرها بثوب فاذا مضى اليوم لم يحنث ابوها لانها لم تهب ولم يحنث الزوج لانها
تخرجت عن اليمين عند الغروب لان الصداق سقط من الزوج كذا ذكر في الشرح في كتاب
الايمان في مسئلة الكوز الكوز زوجه الاشكال ظاهر وهو ان الصلح عن الدين على عين لما كان
استيفاء وبه لا يسقط الدين كانت المراة متمكنة من هبة الصداق بعد الصلح ايضا لبقاء
الدين الا يرى ان ابراء الدين بعد الاستيفاء يجوز ويجب عليه رد ما استوفى وهبة الدين ابراء
فيصح ايضا فيجب ان يحنث الزوج في المسئلة المذكورة ولو تصالح على مهرها على ثوب وفي الذخيرة
قال لامراته ان لم تهبي صداقك اليوم فانت طالق ثلثا فقال ابوها ان وهبت صداقك فامك طالق فالحيلة ان
تشتري من زوجها ثوبا ملفوفا بمهرها وتقبضه فاذا مضى اليوم فقد مضى وقت اليمين ولا مهر لها
في ذمة الزوج فيبطل اليمين ولا يحنث الزوج بترك الهبة ثم تكشف عن الثوب المشترى فترده
بخيار الرؤية ويعود المهر على الزوج فلا تطلق امها ايضا لانها ما وهبت المهر انما اشترت به هذا
كلامه وهذا مشكل ايضا كما ذكرنا قوله وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك
بطلت الحوالة ويهلك بالدين وههنا وجوه احدها ان الدين لا يسقط بالحوالة بل ذمة المحتال عليه
تقوم مقام ذمة المحيل فيبقى الرهن ايضا فاذا هلك الرهن يهلك بالدين فيبطل الحوالة لانه يثبت
حكم الاستيفاء عند الهلاك الى القبض السابق فتبين انه احال بالدين وقد ادى والثاني ان الدين وان كان
يسقط بالحوالة فلا يسقط مطلقا بل مقيدا بعدم التنوى فيكون احتمال الدين بعد الحوالة قائما
لجواز ان يتوى الدين على المحتال عليه فيعود الى ذمة المحيل وبقاء الرهن يعتمد توهم الدين كما سيأتي
في صورة التصادق على عدم الدين فاذا كان الرهن باقيا يهلك المرهون بالدين فيظهر بطلان
الحوالة والثالث هو الذي اشار اليه في الكتاب بقوله لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه
يزول عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه او ما يصير به المحيل ان لم يكن للمحيل على المحتال
عليه دين واعترض عليه بان زوال الملك الراهن عن المنزل لان المثل للمديون فاجيب ان للراهن
حق طلب المثل والحوالة تبطل ذلك كذا في الحاشية وقد يجاب ايضا بان لفظ المثال في قوله مثل ما كان
مقحم اي يزول به عن المحيل ما كان على المحتال عليه من الدين ولا شك ان الدين ملك المحيل لانه مال حكما حتى
الزكوة على رب الدين وتهب تصرفه بالهبة والشرى ولكن غير سديد لما صرح في الكافي في باب الحوالة ان الدين
الذي للمحيل على المحتال عليه بقي في ملكه بعد الحوالة حتى لو ابرا المحتال المحتال عليه من الدين يرجع المحيل
على المحتال عليه دينه وكذا لو مات المحيل وعليه ديون قبل ان يقبض المحتال دين الحوالة صار الدين بين
غرمائه بالحصص ولم يختص المحتال به ولو ادى المحتال عليه دين الحوالة المقيدة بالدين عليه في مرض المحيل وعليه
ديون كان ما على المحتال منهم بالحصص هذا كلامه قوله لتوهم وجوب الدين بالتصادق وجه ان
الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجوب كما في الدين الموعود وقد بقيت الجهة لانه يحتمل
ان يتصادقا على قيام الدين بعد ان تصادقا على ان لا دين بخلاف الابراء لانه يسقط به كذا في الكافي وفيه نظر

جنايات

اذ لابد للرهن من الدين حقيقة او ظاهرا كما في الدين الموعود اذ الظاهر هو الوفاء بالوعد فكان الدين
ثابتا ظاهرا اما التصادق على وجوب الدين بعد التصادق على عدمه فليس بظاهر بل محض احتمال
غير ناش عن الدليل ومثله غير معتبر انما المعتبر من الاحتمال هو ما نشا عن دليل كالوعد بالدين
ولا شيء من الدليل على تصادقهما على وجوب الدين بعد التصادق على وجوب الدين بعد الاداء
عند قيام عقلائهم انه غير معتبر لانه احتمل غير ناش عن دليل فالحق هو ما قال شيخ الاسلام الاسبيجابي انهما
اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا ۞

كتاب الجنايات ذكر الجنايات عقيب الرهن لان كلا منهما من لوازم الاشربة المسكرة
فكل من الصيد والجناية من لوازم شرب الاشربة المسكرة المطربة فذكر الكل عقيب الاشربة ثم رتب بينها
لان اللحم الذي اصطاده اسباب الصيد الزم لها من الرهن ثم الرهن الزم لها من الجناية وفي الشرح اورد الجنايات
عقيب الرهن لان كلا منهما للوقاية والصيانة فان الرهن عقد وثيقة لصيانة الدين عن الهلاك فكذا
حكم الجنايات مشروع لصيانة النفس عن القتل والتهالك ولقطع الضغائن المثيرة بين الاحزاب على
ما وقع اليه الاشارة في قوله تعالى ولكم في القصاص حيوة يا اولي الالباب غير انه قدم الرهن الذي هو
سبب وقاية المال على الجناية لان فيه طلب التناسب ما في النهاية لان المال وسيلة لبقاء النفس في كل
الازمنة والوسائل مقدمة على المقاصد هذا كلامه قوله وشبه عمد قال قلت ينبغي ان يسمى هذا النوع
من القتل شبه الخطاء لانه عمد حقيقة كما يشير اليه تعريفه اياه بقوله ان يتعمد ضربه بما ليس بسلاح لكنه
يشبه الخطاء من حيث ان الالة لم توضع للقتل فهو عمد بالنظر الى نفس الفعل خطاء بالنظر الى الالة
والفعل اصل والالة تبع اجيب بان جانب العمد وان كان راجحا فيه على جانب الخطاء ولكن احكام الخطاء
في هذا النوع عليه فيما ننظر لما غلب احكام الخطاء فيه جعل جانب الخطاء راجحا فسمي العمد لا شبه الخطاء
خطاء العمد لا عمد الخطاء فتامل قوله لان القصد هو المقصود ولا توقف عليه لا بدليله وهو استعمال
الالة القاتلة فان قلت قد يستعمل الالة القاتلة ولا يكون عمدا بل رمى الى صيد فاصاب ادميا
فانه خطاء مع وجود الالة القاتلة فلو كان استعمال الالة القاتلة بعد الكافي قتل الادمي بسهم رماه الى
صيد عمدا وليس كذلك اجيب بان استعمال الالة انما تقوم مقام العمد في محل يعلم انه يتعين
قتلا وينقطع عنه احتمال التاديب لا في صحة الظهور انه لا ينفس باستعمال الة القاتلة انه
قصد هذا المحل اورد ذلك قوله لتوارد العمد تؤدي الى موجب العمد فوجه جعل جنس العمد نوعا
منكرا والعقود الواحد لا تترتب على جنس العمد فكان المراد جنس العقوبة فيلزم ان لا يكون العقوبة موجب الخطاء
ولا يمكن جنس العقوبة موجب العمد كذا في الحاشية قلت ذكر بعض المحققين من لا دراك المعرف
باللام ان جعل مبتدا فهو مقصور على الخبر سواء كان الخبر معرفا بلام الجنس او بغيره او كان غير معرف
نحو المتوكل على الله والتفويض الى الله وان جعل خبرا فهو مقصور على المبتدا وقوله اثم العمد فهو
ظاهر منه قبيل التفويض الى الله فيقيد قصر المبتدا على الخبر وبهذا المعنى لا يصح دليلا على التقييد

بوصف العمدية لانه لاينافي ان يكون القود غير العمد ولكن المولى بالقود الجنس كما ذكر في الحاشية
والمضاف محذوف من المبتدا ليصح الحمل فيكون التقدير موجب العمد القود فيكون من قبيل زيد
الامير فيفيد حصر القود على العمد لا بعد الحمل كما يصح بحذف المضاف من المبتدا يصح بحذفه من الخبر
بتقدير العمد موجب القود اي سببه فيكون من قبيل الامير زيد فيفيد حصر المبتدا على الخبر
فكان محتملا فلا يستقيم تقييد المطلق بالمحتمل لانه حذف المضاف هنا من الخبر غير ممكن اذ العمد كما يوجب
القود يوجب الاثم ايضا فلو حمل على حذف المضاف من الخبر كان المعنى ان العمد لا يوجب القود وذلك
فاسد ثم هنا بحث اما اولا فلان الحصر في مثل هذا ليس بلازم بل يفيد وقد لا يفيد فكيف يصح ترك الاطلاق
القطعي به وجوابه ان هذا قد تايد باجماعهم على عدم وجوب القصاص على الخاطئ فيجوز التقييد به واما
ثانيا فلان المص رحمه الله قد تمسك بهذا الحديث على تعين القود موجبا للعمد حيث قال ولنا ما تلونا
من الكتاب ولنا ما رويناه من السنة وهو قوله عم العمد قود ولا يخفى ان التمسك به على ذلك انما يستقيم ان
ان لو كان يفيد حصر المبتدا على الخبر بمعنى ليس موجب العمد الا القود اما لو فرض فيه حصر الخبر على المبتدا
بمعنى ليس القود الا موجب العمد فلا ثم يمكن ان يقال في وجه التمسك بقوله العمد قود على اختصاص القود
بالعمد واختصاص العمد بالقود بان لا يكون موجبه غير القود وهو المال ان النص بظاهره يقتضي حصر العمد على
القود لانه من قبيل التعويض الا انه فيكون بالعمد الا القود فيفيد انتفاء ان يكون المال موجبا للعمد
فيصلح تمسكا على عدم شرعية المال في العمد ثم المبني على حمل القود على العمد حيث قال العمد قود وانه من قبيل
زيد عدل وانه يقتضي ان يكون العمد هو القود بعينه والاتحاد يقتضي ان لا ينفك احدهما عن الاخر
اذ الانفكاك يستدعي الاثنينية ويتعذر الحمل على الحقيقة فيحمل مجازا عن عدم الانفكاك اي القود
عن العمد والعمد لا ينفك عن القود والكلام اذا دار بين المجاز والحذف فالمجاز اولى دفع لما يوهمه
ليس بحذف المضاف من المبتداء بل هو بيان اختصاص القود بالعمدية اي القود موجب العمد بان
حصر القود على موجب العمد قوله ولنا ما تلونا من الكتاب وهو قوله تعالى كتب عليكم القصاص
في القتلى ان كان المعنى كتب عليكم ايها القاتلون التمكين من الاقتصاص عند طلب اولياء المقتول فلا دلالة
له على تعين القصاص موجبا للعمد لان كون موجب العمد واحدا من القصاص او المال لا ينافي وجوب
التمكين من الاقتصاص عند طلب الولي ذلك منه اذ الاختيار في استيفاء احدهما الى الولي دون القاتل
وكذا كون الموجب هو القصاص لا ينافي ان يكون للولي العدول الى المال وكذا اذا كان المعنى كتب عليكم
ايها الحكام واولياء المقتول اعتبار المساواة وعند استيفاء القصاص لظهور ان وجوب اعتبار المساواة
عند استيفاء القصاص لا يوجب تعين القصاص موجبا للعمد حتى لا يجبر على دفع المال لو اختار الولي قوله
وما رويناه من السنة وهي قوله عم العمد قود ذكر في المبسوط وجه التمسك به وقال ادخل الالف واللام في العمد وليس ههنا
معهود فكان للجنس وفيه تنصيص على ان جنس العمد موجب للقود ومن جعل اللام دواجبا به فقد زاد على
للنص والى هذا اشار ابن عباس رضي الله عنه في قوله العمد قود لا مال فيه كذا في الشروح ونبه على ان التقدير في قوله العمد

فقوله العمد موجب قود وان فيه حصر المبتدا على الخبر بمعنى لا موجب للعمد الا القود فيشكل التمسك بالمسئلة الاولى وهي انه
القود لا يجب الا بالعمد الكامل لا على ما ذكرنا من التأويل قوله ولا يتقيح بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا
يتعين مدفعا للهلاك قلت انه لم يتعين مدفعا للهلاك مطلقا فقد تعين مدفعا للهلاك بسبب القتل قصاصا
وتعين المال لدفع الهلاك بسبب معين يكفي لوجوبه عليه بغير رضاه عليه كما لو اصابه مخمصة فبذل الانسان
طعاما يمنع القتل بلونه الشراء وان لم يرض به مع ان الشراء لم يتعين مدفعا للهلاك لا بسبب معين وهو
الجوع لجواز ان يهلك بعد الشراء بسبب آخر غير الجوع على انه لا شك ان المال في مسئلتنا تعين مدفعا للهلاك
بالقتل من حيث الظاهر لانه بعد اخذ المال لا يتمكن من قتله لا ظاهرا والظاهر ان لا ينطلع ونعني المال لدفع الهلاك
ظاهرا يكفي لوجوبه بغير رضاه منه كما في مسئلة المخمصة فان الشراء تعين مدفعا من حيث الظاهر لا من حيث
القطع لاحتمال ان يتمكن الطعام بالشراء لا ياكله فيموت جوعا ولكنه خلاف الظاهر لان الامتناع عن الكل
حالة عند اضطراره اليه حرام فالظاهر عدمه قوله ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى
لا يعينها لدفع الاعلى وقد يشكل بهذا وجوب الفدية في باب الصلوة احتياطا عن العجز عنها حيث ان
الفدية ايضا من المقادير وقد تعين ايضا في الشرع بحق الادنى وهو الصوم مع انهم اوجبوها احتياطا في الاعلى
وهو الصلوة اذ امرها اهم من الصوم على ما عرف فينبغي ان تجب الكفارة في القتل العمد ايضا وجوب الفدية
في ولا يجب الفدية فيها كما لا تجب الكفارة في العمد وايضا الكفارة تجب في شبه العمد الحاقا بالخطأ نوعا
اعلى في الاثم وعلى ما ساق الكلام هنا ينبغي ان لا يلزم الكفارة في شبه العمد ايضا وقد يجاب عن الاول
بان الشافعي رحمه الله قال يجب الكفارة في العمد على سبيل الحتم وهذا التعليل خرج رد المذهب فان تعين
الشيء لمحل الادنى لا يدل على تعينه الاعلى البتة فلا يصح القول بالوجوب على الحتم واما في الصلوة فانهم
فانهم لم يوجبوا على سبيل الاحتياط كما لو صوا بالفدية في الصلوة لان القول بالوجوب احتياطا لا يمكن
مع التنصيص من الشرع بخلافه وقد نطق الحديث بان الكفارة في العمد حال عليه السلام لا كفارة فيه
وعلى هذا الفعل بعرض واما الجواب عن الثاني فسنذكره قوله دل قوله عم لان قتل الخطأ العمد
اي خطأ شبه العمد قتيل السوط والعصا لم يفصل بين العصا الصغير والكبير وقد يقال العصا ينبغي على العادة
على ما لا يقتل به غالبا فيكون الحديث موافقا لمذهبهما دون مذهبه لا بما العصا فلا يثبت كما
اذا ضربه به صبيا رضيعا وهو ابن يوم او يومين اجيب بانه لا يحل الغضب بضعف بنيته لعارض
الضعف والعوارض غير معتبرة وكانه اراد بالسوط والعصا ما لا يكون معدا للقتل فيدخل فيه القتل بالحجر
العظيم الذي لا يتبعه قوله والكفارة لشبهه الخطأ فان قلت الكفارة شرعت لستر الذنب في
العمد اعلى منه في الخطأ حتى يجب فيه الدية مغلظة وفي الخطأ مخففة وتعيين الشيء لدفع الادنى لا يدل
على التقبيح لدفع الاعلى فلم تجب الكفارة فيه الى قال في الخطأ قلت تعين الشيء لدفع الادنى لا يدل
على تعينه لدفع الاعلى على سبيل الحتم واما على سبيل الاحتمال فيجوز ان يكون الدافع للادنى دافعا للاعلى
ايضا فلا اقل من ذلك وكانت الكفارة من العبادات الى مشابهها على الاحتياط قلنا بوجوبها في شبه العمد

احتياطا واما قتل العمد فهذه حرمتنا وقال صاحب الايضاح وجدت في كتب اصحابنا ان الكفارة في شبه
العمد على قول ابي حنيفة رضي الله عنه فان الاثم فيه كامل مساوه ونناهيه يمنع الكفارة لان ذلك من باب التحقيق
والصحيح هو الاول فقد ذكر الطحاوي والجصاص وغيرهما ان الكفارة واجبة عندنا في شبه العمد قوله
والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة وقد نقل بما سيأتي
في العاقل ان الواجب في الخطاء هو المثل لان ضمان المتلفات يكون بالمثل بالنص ومثل النفس هو
النفس الا انه اذا ارتفع الجاني وحقوق العجز عن استيفاء المثل لما فيه من العقوبة والخاطي معذور تحول
الى بعض المال ولهذا كانت الدية في ثلث سنين من وقت القضاء لا من القتل وسيأتي تحقيقه
ان شاء الله تعالى فظهر ان الدية ليست بواجبة في الخطاء ابتداء لان ذلك هو المثل ولكن لا زوال
برزت علته الحرج وهو كالمال فيجوز ان يقال المال هو الواجب ابتداء نظرا الى ان المقصود بالمثل
هو المال ثم هذا التعميم ينتقض بما اذا دخل رجلان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه
خطاء فان الدية تجب في مال القاتل لا على العاقلة مع ان الدية تجب بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث
من بعد وكذا المرتد اذا قتل رجلا خطاء تجب الدية في ماله لا على العاقلة مع انه مال يجب بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث
من بعد وجوابه ان الدية انما تجب على العاقلة اذا كانت له عاقلة لتعذر الوجوب على العاقلة حيث لا عاقلة
ولا عاقلة للذي دخل دار الحرب والمرتد لان التعاقل باعتبار التناصر ولا تناصر لمن دخل دار الحرب
لتفرقهم بتباين الدارين فكان لا عاقلة له وكذا المرتد لا ينصره احد فلم تكن له عاقلة فتجب الدية
في ماله بالضرورة قوله ومالك وان انكر شبه العمد فانه قال القتل نوعان عمد محض وخطاء محض ولا ادري
خطاء العمد ولا شبه العمد كذا في الشامل وذكر في المبسوط ان الاب اذا ذبح ابنه يقتص عند مالك
رحمه الله واما اذا رمى الاب ولده بالسيف والسكين فقتل فلا قصاص عليه ايضا والفرق له الذبح
وغيره وهو ان القصد لا يثبت بشبه الخطاء وفي الاول تمكن شبه الخطاء فالظاهر انه قصد تأديبه
لا قتله لان شفقة الاب تمنعه عن ذلك بخلاف الاجنبي فليس بينهما شيء ما يدل على الشفقة فحملنا الرمي
من الاجنبي على محض القتل اما اذا ذبحه فليس هناك شبهة الخطاء فيحمل على محض القتل وان كان هو ابا
فبهذا تعلم ان مالكا لا ينكر شبه العمد ولا يصح هذا الفرق في التعليل من قبل اصحابنا والله اعلم بالصواب
قوله وفيه كفارة ذنب القتل ولا يقال دفع الاثم في القتل الخطاء مع ان هذا الحد يجب
الكفارة وحرمان الارث لانا نقول اثم ذنب القتل موضوع اما الذنب فثابت والكفارة وحرمان الارث
اثر الذنب اما هاهنا فذنب القتل غير مستحق كذا في الكافي فان قلت الظاهر انه اراد بالذنب في قوله وفيه
كفارة ذنب هو الاثم لانه في مقابلة الدليل على عدم وجوب الكفارة وحرمان الارث في القتل بسبب
وانما يصلح مقدمة للدليل ان لو حصل الذنب بمعنى الاثم اي يمنع الكفارة تاثم ان القتل هنا فلا يجب هذه
الكفارة اما لو حصل الذنب بمعنى المعصية كما هو مقصود هذا التاويل يكون احتياطا ولا يرتبط بقوله وان كان

وان كان يأثم بالحفر لم يأثم بالموت عليها لا يخفى وان سلم ان المراد بالذنب هو المعصية فالكفارة انما يجب
لستر الذنب بمعنى رفع معصيته وهو الاثم او رفع المعصية نفسها وعدم رفعها غير ممكن حاد الحادث لانه
موقوعا بالخطاء وكيف تجب الكفارة فيه لوجود هذه كفارة ذنب القتل بمعنى ستر ورفع موجبه فالجواب ان تقول
ان القتل من الذي هو الرمي اذا اصابه منه سواء فالرمي من حيث انه رمي الى الصيد مباح ولا اثم فيه
ومن حيث انه افضى الى القتل بمقتضى الرمي فالتعمد حرام يأثم به الرامي فذلك الاثم موجود في فعل
الرمي الذي هو القتل فيجب الكفارة لستره واما قوله الحفر رحمه الله مما تقدم قالوا المراد اثم القتل
نفسه اثم الرمي من حيث هو رمي الى صيد اما باعتبار انه افضى الى الموت بترك التثبت فلا يخلو
عن اثم ووجب الكفارة اثم فعل القتل فرتب عليه واما الحفر فلا يعد قتلا اصلا حتى يكون اثم الفعل
هو قتل فيرتب عليه الكفارة والله اعلم

باب ما يوجب القصاص

قوله محقون الدم على التأبيد قالت ان كان المراد ان يكون محقون الدم الى المحل فقتاد خلافه لانه
يجب القصاص بقتل الذمي اسلم بعد ما كان كافرا حربيا وان كان المراد ان يكون محقونا من حيث
صار معصوما الى الموت وذلك غير معلوم لنا لانا لا نعلم ان المقتول لو عاش لكان محقونا الى
الموت اجيب بان المراد ان يكون محقون الدم على التأبيد نظرا الى الحال كالمسلم والذمي اذ الظاهر بقاؤهما
على العصمة الى الموت اذا اعترض الردة او نقض العهد خلاف الظاهر بخلاف المستأمن لانه على شرف
الرجوع الى دار الحرب حتى لا يمكن من الاقامة في دار الاسلام سنة قوله ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل
حر بعبد فان قلت ... قائل الحر بالحر فانزل الانثى ومع هذا يقتل الانثى بالذكر بيانا للحكم فيهما فحصل
النزول الا القياس بحكم ... بالشبهات كذا في الفوائد قلت كما ان قصاص الانثى بالذكر يثبت بعموم
قوله تعالى الحر بالحر وخص الانثى بالذكر بيانا للحكم فيهما فحصل كذلك قصاص الحر بالعبد يثبت بعموم قوله تعالى
كتب عليكم القصاص في القتلى وخص العبد بالذكر لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال في حيين من العرب
اقتتلا وكانت احدهما لهم طول على الاخرى فقالت لا نرضى الا من يقتل الذكر منهم بالانثى
منا والحر منهم بالعبد منا فانزل الله تعالى الاية زجرا لهم اما ارادوا من قتل غير القاتل بالمقتول
وايضا قوله تعالى الانثى بالانثى دليل على وجوب القصاص على الحر بقتل الامة اذا كانت ذكرها في الاية نفت
في العبد لعدم القائل بالفصل وايضا كان عموم قوله تعالى الانثى بالانثى قصاص الانثى بالذكر يقتضي قصاص
الذكر بالانثى وانت قلت لا نقول به بل على ما هو المذكور في الكشاف فعلم انه لا يتمسك بهذا العموم قوله
والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه ذكر في الحاشية هذا جواب عما يتمسك الشافعي رحمه الله قلنا ان في رحمه الله
لا يستدل بهذا النص بطريق التخصيص حتى يكون حجة ... بالتخصيص باسم العلم اي بعد الوصف لا يدل
على نفي ما عداه عنده بل يستدل بطريق اخر وهو انه يقتضي مقابلة نفس الاحرار كلها بالاحرار في حكم القصاص
فمن قال يقتل الحر بالعبد لا يكون قصاصا لان الحر ... بل يكون بعضهم مقابلا بالعبد وقال بعضهم
الاية لا تدل على ان لا يقتل الحر بالعبد والذكر بالانثى كما لا يدل على عكسه فان مفهوم انما يعتبر

حتى لم يظهر عوض سوا اختص الحكم وقد يتبين العوض من بيان المواقعة في الجاهلية وانما منه ملكه
والشافعي رحمه الله قتل الحر بالعبد سواء كان عبده او عبد غيره لما روى عن علي رضي الله عنه ان رجلا قتل
عبده فجلده رسول الله صلى الله عليه وسلم ونفاه سنة ولم يقتله به ولان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا
لا يقتلان الحر بالعبد بين اظهر الصحابة من غير نكير قوله والمسلم بالذمي خلافا للشافعي رحمه الله وصورتها
اذا كان القاتل مسلما وقت الجناية اما اذا كان القاتل ذميا وقت الجناية ثم اسلم فعليه القصاص اتفاقا
وقال في حجته بقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة اذ انتفاء المساواة ينافي القصاص المبني على
نفيه وبقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا اي لن يشرع لهم ذلك فان في ذلك سبيلا
بالقتلة والقتل قصاص مشروع وانه اعظم سبيلا فلا يشرع لهم علينا واجيب عن الاية الاولى
بانه لا يمكن اجراؤها على العموم لعدم المنافاة بينهما من وجوه كثيرة فيحمل على المعنى الخاص الذي دل عليه
سوق الكلام وهو عدم المساواة في الفوز والنجاة بدليل قوله اصحاب الجنة هم الفائزون وعن الثانية
ان المراد منه في حكم القيمة بدليل قوله تعالى والله يحكم بينكم يوم القيمة كذا في الشرح قلت قد تمسك المصنف
رحمه الله على عدم ولاية الكافر على المسلم في باب الاولياء والاكفاء بقوله تعالى لن يجعل الله للكافرين
على المؤمنين سبيلا واذا اشار الى ان المراد منه نفي السبيل في حكم الدنيا قوله والمراد بما ذو
الحربي فان قلت كيف قتل الامر في الحربي الذي لا امان له وقد فرض قتلنا المسلم اذا دخل دارهم
بامان فقتل كافرا حربيا لا يقتل به وانه حرام قتله كذا في الشرح نقلا عن الاسرار فالمراد بالحربي
الحربي الذي حرم قتله اما ان يكون مستامنا فينا او يكون المسلم مستامنا فيهم قوله حينا وقوله لا
ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة وحيث ان قوله ولا ذو عهد معطوف على قوله مسلم فيكون المراد غير المسلم
اذ العطف يقتضي المغايرة فيكون التقدير بحكم العطف الموجب للمشاركة ولا يقتل ذو عهد والمنفي
في الصدر هو القتل بالكافر قصاصا لا مطلق القتل فكان هو المنفي عن المعطوف ايضا اي لا يقتل
ذو عهد في عهده بكافر والمراد بالكافر هو الحربي اذ الذمي يقتل بالذمي اجماعا ولهذا تعين ان يقول
لو كان … قوله في عهده لان الذمي لا يقتل بالحربي بعد نقض العهد ايضا اذ لا قصاص
بين الحربي وكذا بين المستامنين فالاولى ان يجعل قوله ولا ذو عهد نهيا لا يقتل ذو عهد في مدة عهده
ابتدا … ومطلق القتل في المعطوف وليس هذا بابعد مما قاله بعض الادباء في قوله تعالى وامسحوا
برؤسكم وارجلكم ان قوله وارجلكم بقراءة النصب او الجر معطوف على رؤسكم الا ان الجر بالمسح المقدر الذي يدل عليه
الواو وهو الغسل بقرينة قوله تعالى الى الكعبين اذ المسح لم يضرب له غاية في الشرع فاحفظه وحقق المعطوف
على المسح بعيد الاشتراك وفي المعطوف المسح بعيد هذا الابعد ان يكون المقدر في المعطوف
اخص من المذكور في المعطوف عليه وبالعكس قوله ولا يقتل الذمي بالمستامن وهو قول ولا ذو عهد في عهده
ذكره في الكرار قال الشافعي رحمه الله يقتل الذمي بالمستامن للعمومات الموجبة للقصاص الا انا نخص بما روي عن
النبي عليه السلام انه قال لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده اريد بالكافر المستامن اي لا يقتل

المسلم

المسلم بالمستامن ولا الذمي ولا يجوز ان يحمل على الكافر الحربي الا ان قتله واجب فلا يشكل بهذا كلامه
في الشرح وفيه نظر لان الحربي قد يحرم قتله بان دخل المسلم دار الحرب بامان لا يحل له قتله ومع
ذلك لو قتل حربيا لا يقتل به فيجوز ان يحمل على مطلق الحربي كما ذكر الشارح فيما تقدم نقلا عن الاسرار
وهو الظاهر قوله ويقتل الرجل بالمراة ذكر في الكشاف قال مالك والشافعي رحمهما الله
لا يقتل الذكر بالانثى وهو مخالف رواية عامة الكتب قوله ولنا قوله عليه السلام لا قود
الا بالسيف لهذا الحديث معنيان احدهما لا قود يستوفى بالسيف واليه اشار الكفن رحمه الله والثاني
لا قود يجب الا بالضرورة بالسيف واليه مال فخر الاسلام رحمه الله وقد يترجح القول الاول بان القود هو
القصاص دون ما يجب شرعا وان حمل عليه كان مجازا وبان القود قد يجب بغير السيف كما يقتل
بالنار والابرة وانما السيف مخصوص بالاستيفاء وترجيح الاول للترجيح لان الواجب على الجاني انما
يكون تمكين الولي من الاستيفاء دون القود نفسه هذا لو حمل الوجوب على المعنى المصطلح وكذا لو حمل على معنى الثبوت
لان الثابت لمن عليه او الولي انما هو ولاية الاستيفاء دون القود نفسه فلا جرم لو حمل على المعنى الثاني كان
الكلام مجازا واما الوجه الثاني فليس بقوي لامكان وجوب القود بالقتل بالنار والابرة ولانه ثم كثيرا ما
وصف القود بالوجوب حتى صار متعارفا فجاز ان يحمل على المعنى الثاني ايضا كيف وقد قيل
ان نحو الكلام يدل على المعنى الثاني قوله وان اجتمعوا الخ وقد يشكل الفرق بينه وبين ما اذا
تزوج اختين في عقدين ولم يدر الاول فرق بينه وبينهما ولهما نصف المهر اذا ادعت كل واحدة
انها الاولى ولا حجة لهما اما اذا قالتا لا ندري اي النكاحين اول لا يقضى لهما بشيء حتى يصطلحا على
احدهما نصف المهر كذا في الكافي في كتاب النكاح في فصل المحرمات ففي هذه المسئلة مع اشتباه مستحق
نصف المهر يقضى لهما عند الاصطلاح قوله اذا ظهر الاصطلاح فيه بين الصحابة رحمهم الله
في مونة على ما وقعت الحرية او الوقوف ويشكل بان العلماء اختلفوا فيمن قبلوا الذمة قهرا قال بعضهم
هم عبيد للمسلمين والاراضي مملوكة لهم وما وضع عليهم كضريبة بمنزلة ضريبة السيد على عبيده وعندنا هم احرار
واراضيهم مملوكة لهم مع ان المسلم يقتل بمقابلة الذمي عندنا فلو كان لاختلاف العلماء تاثير في القصاص
لما قتل المسلم بالذمي لان العلماء اختلفوا في كونهم احرارا او عبيدا للمسلمين وهذا الاختلاف معتبر لو
ذكر في الكافي ليس للامام ان يحول الخراج الموظف الى المقاسمة الا برضا اهله فان فعله حاكم وولي اخر
يرى خلافه ان كانوا قبلوا الذمة طوعا ابطل الثاني حكم الاول ولو انهم قبلوا الذمة قهرا قدرته لانه مجتهد
فيه فبين العلماء اختلاف في ارض فتحت عنوة قال بعضهم هم عبيد للمسلمين وعندنا هم احرار
واراضيهم مملوكة لهم فان كان الامر كما قال الاولون فللامام ان يزيد ويحول من وظيفة الى وظيفة فقضاء
الاول صادف موضع الاجتهاد فلا يكون لغيره ان يبطله هذا لفظه فعلم ان هذا الخلاف معتبر مع
ذلك يجري القصاص بين المسلم والذمي في الطرفين مطلقا سواء قبلوا الذمة طوعا او كرها قوله او سري
الى ولده وورثته احرارا احترز عما اذا كان له ورثة غير احرار بان كان له ولد مولود في الكتابة او شري

فان ترك الولد المولود في الكتابة كترك الوفاء وكذا المتوفى فيه حيث يعتق في آخر جزء من اجزاء الحيوة
باداء الولد المولود او المشتري ولا يكون للمولى ان يقتص منه قوله ثم قوله عليه السلام اي الشافعي
ولهما الكلام لك في الاستدلال بالحديث ولهما بالمعقول كذا في الشرح وعلى هذا يكون من باب اللف
والنشر ويحتمل ان يقال انهما احتجا بالحديث ايضا والمذهب ابي حنيفة رضي الله عنه لا اتباعا لمذهبهما
وانهما حملا الحديث على معنى من غرق جزاء بعد اجزاء الغرق بقتل نفسه ومن حرق حاو ساعة حرقناه وهلا
بقتله قصاصا توفيقا بين الحديث وبين ما روي انه قال النبي عليه السلام لا تعذبوا احدا بعذاب الله
وفي رواية لا يعذب بالنار الا ربها قوله اضافة الى نفسه حيث قال غرقناه ولو كان الغرق
قصاصا لكان استيفاؤه الى ولد المقتول لا الى الحكام قوله واختلاف الروايتين بالرفع مبتدا
وفي الكفارة جبره ولا يجوز نصبه عطفا على ضمير ذكرناه لان اختلاف الروايتين غير مذكور في الكتاب
اللهم الا اذا اريد ذكره في غير هذا الكتاب اي ذكرنا واختلاف الروايتين في موضعه قوله فضربه
اي ضرب الشاهد وانصرف فترك الطرف ثم قتل الا اي المشهود عليه وذكر في الحاشية الظاهر ان
الضمير في قتله راجع الى الشاهد اي قتل الشاهد غير المشهود عليه فعلى العاقلة القصاص لانه على عصمته
الشاهد بالانصراف قلت وهذا المعنى بحكم التقييد بالانصراف عن الضرب يشعر بانه لو قتل
الشاهد غير المشهود عليه قبل انصرافه وعن القتل لا يقتص العاقلة ولكن الدليل دال على خلافه لانه انما لا
يقتص فانا الشاهد باعتبار سقوط عصمته وعصمته انما سقط في حق المرتد المشهود عليه دون غير
لانه هو المحتاج الى دفع سبب الهلاك عن نفسه لا غير فينبغي ان يقتص العاقلة الا ترى ان من عليه القصاص
سقط عصمته في حق ولي القتيل لا في حق غيره حتى تجب القصاص على غيره بقتله والمحتمل الحد
في الشرح والشاهد قتيل العامة باب القصاص فيما دون النفس قوله والمراد
السن اشعار بان السن عظم وهو مختار بعض الاطباء واليه وقعت الاشارة النبوية حيث روي
رافع بن خديج ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوه ليس السن والظفر اما السن فعظم واما الظفر
فمدى الحبشة وانكر بعضهم كونه عظما لانه يحدث بعد تمام الخلقة فان قلت قد ذكر المكشف والله
نبي يعد ما يشير الى انه عرق حيث قال في الديات ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها
ونبت عليه اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا لا يعتد اذ العروق لا تعود قوله هذا وهم وسبب
في الديات ان شاء الله تعالى ثم روي عن محمد رحمه الله ان السن المقلوع لو كان اكثر من قدر الدرهم يمنع
الصلوة وانه يشير الى ان السن عرق لا عظم اذ لو كان عظما لكان مانعا من الصلوة ولكن ما قال انه عرق
اراد انه عصب كما صرح به في بعض المواضع انه طرف عصب يابس والرواية منصوصة بان العصب
كالعظم في الطهارة وعدم حلول الموت فيه فلا بد لما روي عن محمد هو انه اراد على قدر الدرهم يمنع الصلوة
على كونه غير قابل بهذه الرواية عن محمد بناء على ما اختارت من اصحابنا ان العظم المقلوع نجس كما صرح في التصحيح في
في كتاب الصلوة قوله ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وقد تأول لولي الاطراف كالاموال

عند

عند علمائنا لا يثبت استيفاؤها قصاصا مع الشبهة كالاموال وهي لا تثبت بها عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله حتى لو ادعى
قصاصا في الطرف فانكره المدعى عليه وحلف ونكل لا يقضى عندهما بالنكول لان النكول اقرار فيه
شبهة قوله والمقطوع بالخيار فان قلت الخيار مذهب الشافعي رحمه الله عليه رحمة واسعة فاما عندنا فلا حق للمولى
الا في القصاص كما مر اجيب بان ذلك فيما اذا لم يتعذر القصاص بوجه اما تعذر تعينت الدية اذا كان
التعذر من كل وجه استدلالا بآية الخطاء ويتخير ان تعذر من وجه لان جهة الامكان يوجب القصاص
وجهة التعذر يوجب الدية فله ان يميل الى اي الجهتين شاء قوله لان استيفاء الحق كملا
متعذر فله ان يتجوز بدون حقه قلت هذا يشكل بما اذا قطع اصبعا فشلت الاخرى بجنبها او اليد كلها
حيث لا خيار هناك فيه بين قطع الاصبع واخذ الدية بل الواجب هو الدية مع ان استيفاء الحق كملا يتعذر
اذ لا يمكنه القطع الشاد الى سلك غيرها والتجوز بدون الحق يمكن كما في هذه المسئلة او قطع مفصلا
من مفاصل الاصبع فشلت الباقي قوله ولانه حق للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا وكذا تعويضا
قلت جاز ان يكون حق يجري فيه الاسقاط بلا عوض ولا يصح الاعتياض عنه كحق الشفعة فكانه اراد
انه حق ثابت في المحل فلا يرد حق الشفعة لانه حق التملك ولا حق له في المحل قبل التملك بخلاف
القصاص بانه حق في المحل لان من عليه القصاص يصير كالمملوك لمن له القصاص على ما مر في الصلح
قوله واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله
في الزوجين وهذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس لزوجين حق القصاص والدية جميعا عندهما ولكن ما ذكر
في المبسوط يدل على ان خلاف مالك في الزوجين في الدية لا غير لا في حق القصاص ففيه خلاف ابن ابي ليلى
رحمه الله عليه رحمة واسعة في الزوجين لانه قال في المبسوط لكل وارث في دم العمد نصيب يجوز عفوه وصلحه
اما الدية اذا وجبت بالقتل فلكل وارث فيها نصيب عندنا وقال مالك رحمه الله لا يرث الزوج والزوجة
من الدية شيئا ثم قال بعد هذا في المبسوط وكذلك يثبت للزوج والزوجة في القصاص عندنا وعند
ابن ابي ليلى لا يثبت حقهما في القصاص في الشرح قلت اولا ان قوله خلافا لمالك والشافعي
رضي الله تعالى عليه رحمة واسعة متصل بقوله وكذا الدية لا بقوله ان القصاص حق جميع الورثة
اي وكالقصاص الدية خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله فان عندهما لا يرث الزوج والزوجة شيئا من الدية
فلا مخالفة وثانيا ان المذكور في المبسوط لا يدل على عدم خلاف مالك في القصاص لانه ليس في المبسوط
ما يدل على عدم خلاف مالك في القصاص سوى انه لم يذكر خلافه بل ذكر خلاف ابن ابي ليلى وعدم ذكر الشيء
لا يدل على العدم قوله ولانه حق يجري فيه الارث ان كان الضمير المنصوب في لانه للقصاص
كما هو الظاهر من سياق الكلام وسياقه لم يستقم قوله حق يجري فيه الارث لما عرف ان القصاص
يثبت للوارث بطريق الخلافة دون الوراثة حتى لا ينتصب احد الورثة فيه خصما عن الباقين وان كان
للدية كما ذكر في الحاشية العالمية لم يترتب عليه قوله حتى من قتل وله ابنان فمات احدهما
عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن وكذا يا باه قوله واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء

والاسقاط صلحًا وعفوًا الخ يعرف بادنى تامل الا انه تعالى يمكن ان يكون الضمير للقصاص ويراد بقوله
حتى يجرى فيه الارث انه حق يثبت للوارث والقصاص ان لم يثبت بطريق الوراثة عند ابى حنيفة رضى الله عنه
فهو يثبت للوارث البتة ولذا جعل الضمير للدية كما في الحاشية فوجه قوله حتى من قتل الخ ان القصاص
لما كان فيما يثبت للورثة لزم منهم ثبوت الدية لهم ايضا لانها يثبت خلفا عن القصاص فيثبت لكل من
يثبت القصاص له والقصاص يثبت للوارث فكذا الدية والله اعلم بالصواب قوله كان القصاص بين
الصبى وابن الابن قلت ذكر الشارح في باب خيار الشرط انه اذا مات ولى القصاص لا ينتقل حق القصاص
الى الوارث بل يثبت له ابتداء لتشفى الصدر لان التشفى انما يحصل للكل الا ان المورث لتقدمه على الوارث كان
الاستيفاء له فاذا مات فقد ذهب التقدم فيخلفه من هو اقرب اليه بعلة كانت فائتة للخلفية قبل موت
المورث هذا كلام وهو يشعر بان القصاص فيما اذا كان للمقتول ابنان فمات احدهما عن ابن للصبى دون الابن
لتقدم الصبى عليه قوله فان حضر واحد فقتل له وسقط حق الباقين فان قلت لما قتل الحاضر فقد ادى
بنفسه حقا مستحقا عليه فصارت النفس سالمة معنى فيجب ان يضمن للباقين كما اذا قطع يد غيره فادى بيده حقا
مستحقا عليه من قصاص او سرقة حيث يضمن الدية للمقطوع يده لانه ادى بيده حقا مستحقا عليه كما مر اجيب
بان جعل النفس سالمة للنفس غير مقصود لانه سلامة الشيء لنفسه وانه محال بخلاف الطرف فانه شيء سوى النفس
فامكن ان يعتبر سالمًا للنفس اذا ادى به حقا عليه وبالجملة انه بقتل القاتل لا يبقى من عليه الحق وبقطع
يد القاطع يبقى من عليه الحق فكيف كتب يتعذر استيفاء عين الحق منه فيصار الى الخلف قوله في ضمن
القدرة فان قلت النادر اذا كان متناول النص يجب اعتباره كما عرف في الجنب الذي لا يجد ماء في
المصر فانه يتيمم وان كان مثل هذه الحالة في المصر نادر الدخول تحت قوله تعالى فان لم تجدوا ماء
فتيمموا صعيدا طيبا وهذا النادر ايضا داخل تحت النص وهو قوله تعالى والجروح قصاص اجيب
بالمنع فان القصاص في الجروح مشروط بشرط المساواة كما ينبئ عنه قوله قصاص اذ هو لغة المساواة
ولا مساواة هنا لما مر في التعليل الاول قوله كالغريمين قلت نعم كالغريمين ولكن كغريمين الدين
تعلق حق احدهما في الصحة وتعلق حق الآخر في المرض وهناك يقدم غريم الصحة في استيفاء حقه وكذا
هنا وليس ما نحن فيه كالغريمين تعلق حقهما معًا اذا كان القطع على التعاقب جوابه ما تبين قوله
والقصاص ملك الفعل اى ملك الفعل ثبت مع المنافى لان عليه القصاص حر كذا في الشرح قلت
الحرية لا ينافي ملك الفعل وانما ينافي ملك المحل والاولى ان يفسر المنافات بان المقتول يثبت باجله
فصار كانه مات حتف انفه وان النبي عليه السلام قال الآدمي بنيان الرب ملعون من هدمه وكان
الشارح اراد بقوله والقصاص ملك الفعل لانه ملك المحل في حق الفعل كما صرح به المصنف
رحمه الله تعالى عليه رحمة واسعة في كتاب الصلح فكذا فسر المنافات بما مر واما المحل فخلف عنه
اى عن الملك يعنى لان القصاص ملكا الفعل والاطلاق في الفعل لا يقتضى حقا في المحل كما في الاصطياد
فان الفعل مملوك والمحل خال عن الملك ولهذا لا يجب القصاص على القاتل ممن وجب عليه القصاص

كذا

كذا في الشاهان وقد يتوهم انما ذكره المصنف رحمه الله عليه هنا من ان المحل خلو عنه يخالف ما ذكر في الصلح
حيث قال اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فصح الاعتياض عنه ثم لو صح المذكور في الصلح يشكل بان المحل
ما صار مملوكا على الاطلاق بل في الفعل لا يبقى ظهوره في حق فعل آخر ولو صح المذكور من ملك الفعل فقد كان كحق
الشفعة فينبغى ان لا يجوز الصلح منه كما لا يجوز عن حق الشفعة او يجوز عن حق الشفعة ايضا كما يجوز عن
حق القصاص وقد يوفق بان ما ذكر هنا من ان القصاص ملك الفعل والمحل خلو عنه ففيه نوع تسامح
بناء على ان ملك الفعل في المحل لما ان يظهر في حق غير الاستيفاء وهو فعل القتل صار كان القصاص هو ملك
الفعل دون المحل والمحل كانه خلو عنه فصل وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا وبرأ
يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال شمس الائمة رحمه الله عليه رحمة واسعة اشار
هنا الى ان الخيار للامام بعين ايهما شاء قال وليس كذلك بل الخيار الى الولى لان القصاص حقه وانما الخيار
للامام في فصل قطاع الطريق اذا قتلوا واخذوا المال كذا في الشرح وفي الشاهان الولى بالخيار بين القتل
والقطع الا ان الامام ان يقطع هذا الاختيار ويامره بالقتل وترك الاشتغال برعاية الصورة فانه
مجتهد فيه فكان له ان يجتهد واذا امره بذلك لزم الولى الامساك واذا قال له اقطعه ثم اقتله كان الولى بالخيار
فكان معنى قوله ان شاء الامام قال اقطعه ثم اقتله وان شاء قال اقتله ثم ان الامام مخير بين ان يقطع
على الولى بان يامره وبين ان لا يقطع عليه ان يامره بالقطع والقتل فاذا امره بذلك كان مخيرا ثم لفظه
وفيه نظر لان خيار الرؤية ان يامره بالقتل او بالقطع ثم القتل لا يختص بمذهب ابى حنيفة رحمه الله عليه
رحمة واسعة لان هذا الخيار انما يثبت له باعتبار انه مجتهد فيه فتعيين ايهما شاء وفي المجتهدات للامام
الخيار بالاتفاق فلا يصح تخصيصه بمذهب ابى حنيفة رضى الله تعالى عنه وقد خصه بمذهبه حيث قال
وهذا عند ابى حنيفة رضى الله تعالى عنه وقالا يقتل ولا يقطع اللهم الا اذا جعل قوله وهذا اشارة
الى جواز القطع لا الى خيار الامام قوله ولان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين
اذ الطرف يسلك مسلك الاموال بخلاف النفس فصار كانه اهلك مالا واتلف نفسا ولا جمع بين اهلاك
المال واتلاف النفس بالاجماع فكذا او فسر الاختلاف ايضا بان احدهما قطع وهو ابانة عن الجملة والثاني
قتل وهو انزهاق الروح وفيه نظر لان هذا النوع من الاختلاف متحقق فيما اذا كان خطاء بين ولم يتخلل
بينهما مع انه يجتمع هناك بالاتفاق حتى يجب فلو كان هذا كتلاف مال واهلاك نفس لاخذ بالجنايتين
كما لو اتلف مالا واهلك نفسا قوله لان الموجب القود الى آخره بدل من قوله للاختلاف
بين الفعلين لا دليل على الاختلاف فيعرف بالتامل قوله وهو متعذر اى المساواة
بتقدير الجمع متعذر قوله فصار كتخلل البرء فان قلت لو كان كذلك لا يكون للامام خيار
بل يامر بالقطع والقتل كما اذا تخلل البرء قلت المسألة مجتهدة فيها والقاضى يحكم بما وافق رأيه
فان قلت فظهر بهذا التعليل ان حق الولى في القطع فما وجه تخيره بين ان يقتل وان يقطع
ثم يقتل قلت وجهه انه لما كان حقه في القطع والقتل جميعا كان له ان يجوز بدون حقه فيقتل

ولم يستوفي حق كلا فيقطع ويقتل فان قلت يشكل هذا التعليل بما اذا قطع يده خطاء ثم قتله خطاء قبل
ان يبرأ يده فان هناك يجمع بين الفعلين حتى يجب عليه دية واحدة فلو كان الجز كتخلل البرء لكونه
قاطعا للسراية لكان ينبغي ان يؤخذ بالارش هناك ايضا كما اذا تخلل البرء فاعتبار الجز كتخلل البرء
فيما اذا تجانس الفعلان عمدا دون ما اذا تجانسا خطاء مما لا وجه له قلت بل له وجه وهو الذي اشار
اليه المص رحمة الله عليه فيما بعد بقوله ولان ارش اليد يجب عند استحكام اثر الفعل
وذلك بالجز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة جز
الرقبة يعني ان دية اليد لو وجبت لا يجب الا عند الجز لانه وقت استحكام اثر الفعل ولا سبيل
اليه لان بالجز يجب ضمان الكل فلو وجبت دية اليد في هذه الحال لكان الوجوب في حق دية
اليد مكررا وانه غير مشروع اما القطع والقتل قصاصا فيجتمعان وهذا لان العمد مبني على التغليظ
ولهذا يقطع العشرة بالواحد وفي مراعات صورة الفعل معنى التغليظ ايضا فيجوز اعتبار ذلك بخلاف الخطاء
فانه مبني على التخفيف الا يرى ان الدية لا يتعدد بتعدد القاتلين ثم في العمد المقصود هو الانتقام وفي
التمكين من القطع والقطع ثم القتل زيادة تحقيق في هذا المقصود كان القتل بعد القطع يكون
اتماما للفعل من وجه فقد يكون قطعا بموجب الفعل بمنزلة البرء من حيث ان المحل يفوت به ولا تصور
للسراية بعد فواته فلا يحتمل اسا الخيار للولي تغليظ لحكم العمد ولا يعتبر ذلك في الخطاء لانه مبني على
التخفيف كذا في الشرح نقلا عن المبسوط وبهذا ظهر الفرق بين العمد والخطاء بوجهين احدهما
وهو المشار اليه في الكتاب ان الجز وان كان بمنزلة تخلل البرء الموجب لاعتبار كلا الفعلين لكن اعتبارهما
في الخطاء يؤدي الى تكرار ضمان اليد باعتبار وجوب ضمان الكل والجزء في حالة واحدة وهو غير مشروع
وثانيهما وهو المشار اليه في المبسوط ان القتل كما هو قاطع للسراية من وجه كذلك هو متمم للفعل الاول من وجه
فاعتبر في العمد جهة كونه قاطعا لان مبناه على التغليظ وفي الخطاء جهة كونه متمما للاول لان مبناه
على التخفيف ويشكل على الوجه الاول ان الارش ان كان يجب عند استحكام اثر الفعل بالجز فلا يخفى
ان وجوبه يستند الى وقت القطع ويظهر عند الجزاية كان واجبا في ذلك الوقت وهذا لان الوقت
متردد بين ان يبرء فيجب دية اليد وان لا يبرء فيجب دية النفس فلما انقطع السراية بالجز ظهر انه
كان موجبا لارش اليد من وقت وجوده اذ الدية يستند وجوبها الى وقت الجرح فلا يجتمع ضمان
ضمان الجزء والكل في حالة واحدة لان ضمان الكل يقتصر ثبوته على ضمان الجزء وضمان اليد يظهر مستند
لظهوره الى وقت القطع فلا اجتماع وايضا قد ذكر في المعاقل تعليلا لوجوب الدية على العاقلة في ثلث
سنين من وقت القضاء لكن الواجب الاصلي في الخطاء هو المثل لان ضمان المتلفات بالمثل الا انه اذا
رفع الى العجز وتحقق العجز عن استيفائه بالمثل لما فيه من معنى العقوبة والخاطي معذور يتحول
الحق بقضائه الى المال فيعتبر ابتداؤه من وقت القضاء كما ولدا المغرور فيعتبر مدة ثلث سنين
من وقت القضاء فاذا كان كذلك يشكل على الوجه الاول ما اذا قطع يده خطاء فبرئت ثم قتله ثم رفع

الامر

الامر الى القاضي يحكم بدية اليد والنفس فان هناك يجب دية الكل والجزء مع ان وجوبهما في حالة واحدة وهي
حالة القضاء وايضا الوجوب انما يتكرر في حق دية اليد على اعتبار الفعلين جميعا ان لو كانت لليد
حصة من دية النفس وقد تقرر ان الاطراف بمنزلة الاوصاف والاوصاف لا يقابلها شيء من العوض
والجواب اما عن الاول فلان الثابت بالاستناد مقتصر من وجه فلا اقل من شبهة الاجتماع واجتماع
ضمان الكل والجزء في حالة واحدة غير مشروع فيلحق بشبهة به واما عن الثاني فلانه ليس المراد بالتحول
من المثل الى المال ان الدية لا تجب الا بالقضاء والا يشكل الامر في بعض المسائل بل اراد به التقرر اي انما
يتقرر حقه في المال وينقطع عن المثل بالقضاء اما نفس الوجوب فثابت قبل القضاء فلا يجتمع ضمان الكل
والجزء في حالة بل ضمان الجزء عند البرء قبل الوقت وضمان الكل يجب بعده فان قلت اذا كان تقررها
في حالة القضاء لزم شبهة الاجتماع واجيب بان الضمان لو كان واجبا بالقضاء لكان فيه شبهة
الاجتماع لا حقيقة من حيث ان ضمان القطع مستند الى وقته اذا كان اصل الوجوب عند البرء قبل
القضاء وكان تقرره بالقضاء بموجب القطع والقتل كان فيه شبهة الشبهة وهو غير معتبر
واما عن الثالث فلما عرف ان الاوصاف مضمونة بضمان الفعل ان كان لا يضمن بضمان العقد لان الفعل
كل الذات بجميع اجزائه وضمان القتل ضمان فعل فيقابل بالذات والاوصاف جميعا كضمان الغصب
فان قلت الفعل انما يحل الذات والاوصاف اذا كانت الاوصاف قائمة عند الفعل اما اذا كانت ها لكة
عنه بالفعل يحل الذات فحسب فيكون الضمان بمقابلة الذات لا غير فلو وجب ضمان الجزء والمانع
باعتبار اتلافه قبل اتلاف الذات ووجب ضمان الذات ايضا لم يتكرر ضمان الجزء والمانع هو التكرار
اجيب بان اثر اتلاف الجزء لما استحكم عند اتلاف الذات صار كان اتلاف الجزء وجد عند اتلاف الذات
كانهما اتلفا معا وهناك يوجد بضمان الذات فقط فكذا هنا ثم قد يشكل على ما ذكر من ان الجز بمنزلة
تخلل البرء ما اذا قطع ولي المقتول يد القاتل ثم حز رقبته قبل البرء فان القاطع لا يضمن اليد بخلاف
ما اذا حز رقبته بعد البرء فان القاطع يضمن دية اليد في الصحيح من مذهب ابي ح رحمه الله
فلو كان الجز كتخلل البرء لكان الجواب في الفصلين واحدا في الصحيح وجوابه سيأتيك ان شاء الله تع
قوله ومن قطع يد رجل يعني المقطوع يده عن القطع الخ وحاصله ان العفو عن القطع
هل يكون عفوا عن السراية فعنده لا وعندهما نعم ويرد عليه ما اذا قطع يد رجل فصالح القاطع
المقطوع يده ودفعه اليه فاعتقه ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية فلما كان الصلح عن القطع صلحا
عن الجناية ينبغي ان يكون العفو عنه ايضا عن الجناية وجوابه سيأتيك في الكتاب في باب جناية المملوك
قوله لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود فان قلت اذا قطع يد رجل
فصولح عن القطع على عبد ثم مات من القطع يرد العبد الى مولاه ويقال للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه فالصلح
عن القطع لا يورث شبهة في سقوط القصاص اذا سرى فيجب ان يكون العفو كذلك قلت وجه الفرق سيأتيك في باب
جناية المملوك وهو العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظ فتحقق فصح العفو ظاهرا فبعد ذلك

وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص اما الصلح فلا يبطل الجناية بل بقدر ما حيث
صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم يبطل بمنع العقوبة هذا لفظ الكتاب ولكنه يشكل بما اذا قطعت
امراة يد رجل عمدا فتزوجها على اليد ثم مات من ذلك حيث يجب الدية عليها ويسقط القصاص لان التزوج على اليد
يتضمن العفو عن القصاص في الطرف وهو مورث شبهة العفو عن القصاص في النفس فيسقط الى هذا
اشار المص رح فيما بعد فاعتبار التزوج مسقطا للجناية والصلح مقدرا لها مع ان الصلح عن العمد معتبر بالنكاح
على ما مر في كتاب الصلح مما لا يعرف له جهة حسن ولان انهدار القصاص لما كان متضمنا للعفو مع كونه باطلا
العدم كون القصاص مالا فلان يتضمن الصلح عن اليد العفو وهو صحيح ظاهرا اولى والجواب لكن العفو في الصلح
يثبت ضمنا لا صورة وبعد بطلان الصلح يبطل ما في ضمنه فلا يبقى العفو لا صورة لان صورته لم يكن
متحققة ولا معنى لبطلان ما ثبت معناه في ضمنه بخلاف ما اذا وجد العفو صورة ومعنى حيث يبقى صورته
بعد بطلانه معنى بخلاف النكاح على اليد لان العفو فيه يثبت في ضمن النكاح وذاته لا يبطل بالرد
فلا يبطل ما في ضمنه ايضا فلا اقل من شبهة العفو والله اعلم قوله صورة تقديره انما قال
ان العفو عن القطع عفو عن القطع واستدل عليه ودليله ان لم يبق معمولا بناء على الدليل الذي قاله ابو حنيفة
رحمه الله لكن صورة العفو يثبت بما قالا وانما تورث الشبهة هكذا قيل قلت الشبهة الكائنة بدليل
الخصم وكون المسئلة مجتهدا فيها لا يوجب سقوط القصاص الا يرى ان القصاص يجب بالقتل
عندهما مع ان ابا حنيفة رضي الله تعالى عنه لا يقول به ودليله يورث الشبهة وقتل المسلم بالذمي جائز
عندنا مع ان الشافعي رحمه الله لا يقول وذلك ان الشبهة في المجتهدات شبهة في الدليل الموجب بشرعية
القصاص الشبهة فيه لانها في اثبات الشرعية اذ القطعية في الدليل المثبت بشرعية ليست بشرط حتى يصح
اثباتها باخبار الاحاد وبالمعادلة بل الشبهة الروائية لها هي الشبهة في الحجة المثبتة للقصاص لولي المقتول
كالشهادة على الشهادة او شهادة النساء او نحوها قوله لان الموجب العقود ولم يتعلق به حق
الورثة اي قبل الموت وذلك ان قبل الموت يثبت بالنص بخلاف القياس ولم يثبت ذلك الا في المال
والقصاص يثبت حق الورثة قيل انما يثبت حقهم بعد الموت خلافة او وراثة على اختلاف فيه
قوله واذا قطعت يد رجل فتزوجها على يده اي موجب يده ثم مات فلها مهر مثلها قيد بالموت
في وجوب مهر المثل لانه لو لم يمت فتزوجها على اليد صحت التسمية ويصل الارش ذلك وهو خمسة الاف درهم لها
بالاجماع سواء كان القطع عمدا او خطاء تزوجها على القطع او على القطع وما يحدث فيها او على الجناية
لانه لما برئ تبين ان موجبها الارش دون القصاص لان القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمراة
والارش يصلح صداقا كذا ذكره الامام قاضي خان والمحبوبي كذا في الشرح قوله ثم القطع
لئن كان عمدا يكون تزوجها على القصاص في الطرف فان قلت القصاص لا يجري بين الرجل والمراة
في الطرف يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف قلت الموجب الاصلي في العمد القصاص
لاطلاق قوله والجروح قصاص الا انه تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت

بين طرفي

تيك بين طرفي الرجل والمراة فكان القصاص ثابتا في الاصل كذا في الشرح وفيه نظر اما اولا فلانها
في المعاقل ان الواجب في الخطاء ايضا هو المثل الا انه اذا دفع الى القاضي تعذر استيفاء النفس
بعذر الخطاء فيتحول الحق من النفس الى المال فعلى هذا يكان التزوج على القياس في صورة الخطاء
ايضا فلا يكون لتخصيص العمد به وجه وكان ينبغي ان يجب مهر المثل فيما اذا تزوج على جناية الخطاء
ايضا لانه تزوج على القصاص من حيث لكن الواجب الاصلي في الخطاء هو المثل وامتناع استيفائه
بعذر الخطاء كما ان الواجب الاصلي في اطراف الرجل والمراة هو استيفاء المثل وامتناع ذلك
يعارض التفاوت واما ثانيا فلان التزوج على اليد لو كان تزوجا على القصاص لكان ينبغي ان يجب مهر
المثل فيما اذا تزوج من اليد ولم يمت من ذلك لانه تزوج على القصاص في الطرف اذ هو الواجب
في الاصل وانه ليس بمال فلا يصلح مهرا فيجب المثل والمثل بخلافه لاجماعهم على ان مهرها في هذه الصورة
هو ارش اليد لا غير والجواب ان الواجب الاصلي في الخطاء ان كان هو المثل باعتبار انه الاصل
في ضمان العدوان ولكن لما لم يجب المثل فيه الا الوجوب الخلف وهو الدية ولا يؤخذ فيه الا بالدية
صارت الدية كانها الواجب الاصلي والمثل كالحقيقة المهجورة فلا يصار مع امكان اعتبار الدية كما لا يصار الى
الحقيقة المهجورة مع امكان المجاز فيكون التزوج على جناية الخطاء تزوجا على الدية دون القصاص وانما
اعتبرنا بالمثل في وجوب الدية على العاقلة من وقت القضاء ردا للتخفيف المطلوب في وجوب الدية عليهم
كما في اطراف الرجل والمراة فان الدية وان صارت كالواجب الاصلي كما في الخطاء لكن باعتبار ان
الجناية عمد والعمد يوجب القصاص في الجملة ما صار القصاص هدرا مثل اهداره في الخطاء فقلنا باعتبار
الدية فلم يمكن اعتبارها كما اذا لم يمت منها ترجيحا لها على القصاص لانها واجبة في محل الجناية والقصاص
واجب باعتبار انه عمد وانه يوجبه في الجملة فكان اعتبار الدية الواجبة باعتبار هذا المحل راجحا على اعتبار
القصاص الواجب في الجملة اما اذا لم يمكن اعتبار دية اليد بان مات منه يظهر ان دية اليد لم تكن واجبة
اعتبر الواجب الاصلي وهو القصاص الواجب في العمد في سائر المواضع لخلوه عن مزاحم ما هو
واجب باعتبار محل الجناية وهو الدية او نقول ان الشيخ رحمه الله لما راى ان الجواب لا يختلف
ولكن الواجب هو مهر المثل سواء فرض التزوج على دية اليد نظرا الى انها الواجبة في اطراف الرجل او على القصاص
نظرا الى انه الواجب في العمد والامتناع هنا يعارض لان القصاص ليس بمال فلا يصلح مهرا وقد ظهرت
بالموت ان دية اليد هنا وكانه تزوج على ما في يده وليس فيها شيء يسامل في الجواب الدليل فرض التزوج
على القصاص ولكن كان الراجح هو ان يعتبر هذا تزوجها على الدية لانها الواجبة في اطراف الرجل والمراة دون
القصاص الواجب في الجملة ونظر الى الاصل حتى لو كان الواجب مختلفا وجب اعتبار التزوج على الدية
كما اذا لم يمت من اليد فان الواجب على اعتبار التزوج فيه على القصاص مهر المثل وعلى الدية
المسمى فاذا تعارضا لزم اعتبار الراجح وهي الدية لانها واجبة باعتبار المحل والقصاص واجب
في الجملة قوله فلا يصلح مهرا فان قلت القصاص متقوم في حق من عليه ولهذا لو صالح القاتل في مرض موته يعتبر من جميع المال

فيصلح مهرا كالمنافع فانها غير متقومة في ذاتها ولكنها لما متقومة عند ورود العقد عليها صحت مهرا قلت القصاص ليس بمتقوم
في حق من له والمهر لا بد وان يتقوم في حق الزوج قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم بخلاف المنافع فانها تعتبر متقومة عند ورود
العقد عليها على الاطلاق فان قلت الواجب في الاطراف بين الرجل والمراة هو الارش وارش اليد معلوم وهو
خمسمائة دينار فيكون تزوجها على ذلك قلت لا نسلم ذلك لانه يجوز ان يكون خمسة الاف درهم فيكون مجهولا فيجب
مهر المثل كذا في الكافي وفيه نظر اما اولا فلان القصاص لو لم يكن متقوما في حق من له لما جاز الصلح عن القود
على العوض لان بدل الصلح لا بد وان يكون متقوما صرح بذلك الشارح في كتاب الصلح والمسئلة بخلافه فانه
لو صالح عن الدم على ان عفا الاخر عن القصاص له قبل رجل اخر جاز واما ثانيا فلان التقوم في حق من عليه
يكفي لكونه بدل الصلح والتقوم المطلق غير مشروط كذلك فان قلت الذمي لو صالح مع المسلم على خمر وخنزير يجوز
مع انهما متقومان في حق الذمي اجيب بانه انما لا يصح صلح الذمي مع المسلم بالخمر والخنزير لان الحاجة هناك
الى التسليم والمسلم ممنوع عن تسليمهما واما الصلح عن القود فذلك اسقاط لا يحتاج فيه الى التسليم فيصح باعتبار كونه
متقوما في حق من عليه واما ثالثا فلا اعرف انها لو تزوجت على اليد ولم يمت من ذلك كان مهرها ارش اليد
ولم يجب مهر المثل لا غير بالاجماع وكذا لو تزوجت على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع خطاء
كان مهرها هو الدية لا غير فلو كانت الجهالة التي ذكرها من ان الارش يحتمل ان يكون دراهم او دنانير معتبرة لوجب
مهر المثل في هذه الوجوه كلها لجهالة التسمية والمسئلة بخلافه قوله وعليه الدية يقع المقاصات ان كان على السواء
وقد يشكل بان المقاصات انما يقع بين الدينين اذا تجانسا حالا ومؤجلا وههنا قد اختلفا فالمهر يجب حالا والدية
تؤخذ في ثلث سنين وعن هذا قيل قوله يقع المقاصة معناه اذا حلت الدية لانه الحال لتاجيل اليد وحلول مهر المثل
قوله ولا تقاصا لان الدية يجب على العاقلة في الخطاء والمهر لها فاختلاف من له ومن عليه يمنع
المقاصة وبهذا ظهر ان الدية يجب على العاقلة ابتداء وقال بعضهم يجب على القاتل ثم يتحمل عنه العاقلة
بطريق الحوالة وعلى هذا ينبغي ان يتقاصا ايضا لان العاقلة يتحملون عنه الدية بطريق الحوالة وانها توجب
براءة الاصيل ولا تقاصي مع براءة ذمته عن الدية قوله وان كان خطاء يرفع عن العاقلة مهر
مثلها الى آخر الجناية ان كانت خطاء صحت التسمية لانه سمى المال وهي الدية غير ان التسمية يصح لازمه في قدر
مهر المثل لكون النكاح من الحوائج الاصلية للمريض ويرفع على ذلك القدر عن العاقلة اي يسقط عنهم وان
استحقت المراة بالنكاح لانها ملكت بالنكاح عين الدية لان النكاح اذا اضيف الى دين تعلق بعين الدين
لا بمثله دينا في الذمة كالصلح المضاف الى دين فصار عين الدية للعاقلة بسبب النكاح ملكا ومطالبة فيسقط
عن العاقلة لئلا يتحمل العاقلة الدية لها وهم يتحملون الدية عن الجاني لغيره فلا يتحملون للجاني كذا في الشروح
وفيه بحث اما اولا فلان اضافة النكاح الى الدية الواجبة على العاقلة اذا كانت توجب تعلق
الدين ثابتا بعضها لا بمثلها دينا في الذمة يلزم تمليك الدين من غير من عليه وهو باطل واما ثانيا
فلما ذكر في الذخيرة في فصل الرابع عشر من النكاح لان النكاح اذا اضيف الى دراهم لا يتعلق بعينها
وانما يتعلق بمثلها دينا في الذمة واذا اضيف الى دراهم دين في ذمة المراة تتعلق بعينها ولا تتعلق

بمثلها

بمثلها دينا في الذمة واما اذا كان على غير المراة فالنكاح لا يتعلق بعين ذلك وانما يتعلق بمثله
بيانه الاول لرجلين على امراة الف درهم فتزوجها احدهما على حصته لا يكون للاخر ان يتبع الزوج بمائتين
وخمسين وبيان الثاني تزوج امراة على ارش له على عاقلتها وامرها بقبض ذلك فالمراة بالخيار اتبعت
الزوج والعاقلة ولو تعلق النكاح بالدين المضاف اليه لم يكن لها اتباع الزوج وذلك لان الدين
اذا كان على غيرها لو تعلق بعينها ادى الى تمليك الدين من غير من عليه وهذا لا يتأتى فيما اذا كان الدين
عليها هذا كلام والنكاح على الخطاء نكاح على دين هو على غيرها فيجب ان لا يتعين الدين هنا واما
ثالثا فلان اختلاف الاسباب كاختلاف الاعيان في الشرع ولا يخفى ان العاقلة يتحملون عنها بسبب
الجناية وهي ملكتها بالنكاح فكانها ملكت شيئا آخر فكان ينبغي ان لا يسقط عن العاقلة والجواب
عن الاول والثاني ان الاصل في وجوب الدية هي القاتلة اذ العاقلة يتحملون نيابة عنها فكانت الدية
واجبة عليها حكما فلا يلزم في اضافة النكاح الى الدية تمليكها من غير من عليه ولا يكون ذلك اضافة النكاح
الى دين على غيرها بل يكون في حكم اضافة الى دين عليها وما ذكر في الذخيرة لكن التزوج على ارش له على
عاقلتها من قبيل التزوج على دين على غيرها فلا ينافي ما ذكرنا لان الكلام في التزوج على ارش له على عاقلة
المراة الذين تحمل الارش عنها ولفظ الذخيرة يمكن حمله على ما اذا كان الارش الذي تزوجها عليه على عاقلتها
المتحملة لذلك الارش عن غيرها ولاية ولكن حمل عليها لما ذكر في المتن له في التزوج على ارش وجب على عاقلة
المراة بجنايتها لا يصح رجوعها على العاقلة لانهم يتحملون عنها في الحال لكن يتحملون لها وبهذا يخرج الجواب
عن الثالث لان المراة اذا كانت هي الاصل في وجوب الدية صار كانت تزوجها بدين عليها ولو تزوجها
بدين عليها سقط الدين عنها ولم يكن لها الرجوع على احد كذا هنا وهذا هو المراد بقوله لانهم يتحملون
عنها فمن المحال لكن يرجع عليهم بوجوب جنايتها اي العاقلة لما كان يتحملون الدية عنها كان رجوعها عليهم بتملكها
بالنكاح كرجوعها على نفسها وهو محال بهذا ولكن الارش لو اعتبر واجبا عليها للزم ان يكون الوصية بالزيادة
على مهر المثل من الارش للمراة وهي قاتلة والوصية للقاتل باطل وقد اعتبر المصنف رحمه الله الزيادة على مهر المثل
وصية للعاقلة حيث قال وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لانهم ليسوا بقتلة وبالجملة انهم ان
اعتبر الحكم لزم لكن يكون الوصية بالزيادة على مهر المثل للقاتلة لان الارش في الحكم عليها ولكن اعتبرت الحقيقة
لزم لكن لا يتعين الدية الواجبة على العاقلة مهرا باضافة النكاح اليها ولا يتملك المراة اياها الا لكن يقال بتعيد
الوصية واجب ما امكن وقد امكن هنا بان يعتبر الدية على العاقلة لا عليها وكانت من اهل الوصية
قوله ليسوا بقتلة حقيقة ولكن كان فعله تعديا بحكم الشارع على ما يجيء بيانه وحرمان الوصية
جزاء والقتل مباشرة لا تسببا حتى لا يحرم عنها حافر البئر وواضع الحجر قوله وهي تصلح مهرا وقد بينا
الدية انواع ثلثة الدراهم والدنانير والابل وانما يتعين بالقضاء فقبله كانت مجهولة وايضا
القطع يحتمل الاقتصار والسراية وان اقتصر كان هذا تزوجا على دية اليد ولكن سرى كان تزوجا
على دية النفس فكان ما تزوج عليه مجهولا والجهالة يفسد التسمية ويوجب المصير الى مهر المثل

وجوابه ان جهالة المسمى انما يبطل التسمية ويوجب المصير الى مهر المثل اذا لم يكن ماله الى العلم اما اذا كان ماله الى العلم
فالتسمية صحيحة ولهذا لو تزوجها على ما في يده صح حيث يرتفع جهالته في آخر الامر والدية ايضا ليعلم قدرها وجنسها
في آخر الامر وقيل هذه الجهالة لا يعتبر مفسدة للتسمية كما في النكاح على ما في اليد لان مبناه على المساهلة بخلاف
البيع قوله وان كانت تخرج من الثلث في الصحيح هذا الجواب صحيح على قول من لا يجعل القاتلة احد العواقل
وقيل يجب ان لا يصح لانه لا بدل وان يبطل الوصية في قدر حصتها اذ لا وصية للقاتل والصحيح ان يصح الكل لغيرها
كما اذا اوصى بثلث ماله لحي وميت يصح الوصية بكل الثلث للحي وكان اسقاط كل الدية لازما وان ابطل الوصية
في حصتها ولا معنى للابطال وصححنا هنا في الابتداء فقررنا لما فات كذا في الحاشية وفيه نظر اما اولا فلان هذه
الوصية ليست كالوصية لزيد وعمرو فاذا عمرو ميت حتى يكون كل الوصية لمن جازت الوصية له وهم العاقلة دون
من بطلت الوصية له وهي القاتلة كما يكون كل المال لزيد في هذه المسئلة باعتبار انه قال اوصيت لزيد صحت الوصية
لزيد بالكل حتى لو اقتصر عليه استحق الكل الا ان العطف يورث المزاحمة فيعتبر في الكل الى النصف ولكن ذلك ان
كان المعطوف مزاحما والميت لا يصلح فصار وجوده كعدمه كانه قال اوصيت لزيد وسكت بل هي كما لو اوصى وقال
المال بين زيد وعمرو فاذا عمرو ميت حيث لا يكون لزيد الا النصف وكما لو اوصى لمولاه فاذا له مولى واحد حيث
يستحق النصف دون الكل لانه لما اوصى لاثنين معا بالكل فقد اوصى لكل واحد بالنصف فلا يستحق الموجود الا ما اوصى
له وهنا اوصى بالزيادة على مهر المثل للقاتل والقاتلة معا فيجب ان يبطل بما في حصة القاتلة ولا يصح للقاتلة
في حصتهم واما ثانيا فلان تمليك الدين بغير من عليه يبطل فلو كانت الزيادة كلها للعاقلة لزم تمليك ما على القاتلة
للعاقلة وانه باطل واما ثالثا فان الوصية للقاتل ليست بباطلة بل موقوفة على اجازة الورثة فلا يكون
كالوصية للميت وفي الحاشية الاخرى فان قيل القاتلة واحدة من العاقلة وقد جوزت الوصية
بجميع الثلث قلنا ان المجروح لم يقل اوصيتك بثلث الدية وانما عفى عنه للمال بعد سبب
الوجوب فكان تبرعا ابتداء وذلك جائز للقاتل الا يرى انه لو وهب شيئا وسلم جاز انما لا يجوز
الوصية من جهة هذا كلامه قلت الهبة المنجزة من المريض في حكم الوصية لما سبق انه اذا وهب
المريض لامرأة ثم تزوجها ثم مات بطلت الهبة وعلل المصنف رحمه الله عليه رحمة واسعة في كتاب
الوصية بان الهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها
يتقرر عند الموت الا ترى انه يبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين يعتبر من الثلث واذا ثبت
ان هبة المريض كالوصية وانه يبطل في حق من بطل الوصية انها للقاتل باطلة فكذا
الهبة والابراء ولفظ الكتاب هنا من قوله وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من
من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة يشير الى انهم لو كانوا قتلة لم يصح هذه الوصية فلو كان
القاتل في صحة الابراء كغيره لم يكن لبناء جواز هذه الوصية التي هي ابراء عن الدية على كونهم
ليسوا بقتلة معنى قوله فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم وقد يشكل بان الابراء بدون العلم صحيح
الا يرى ان البائع لو شرط البراءة عن كل عيب صح ويدخل في البراءة ما علم البائع او لم يعلم وما وقف

عليه

عليه المشتري وما لم يقف وكذا العفو عن الشجاج يجوز مع انه لا علم انه هل يسري ام لا فلو كان العلم شرطا
لصحة الابراء لما جاز وكذا لو ابرأ غريمه عن الدين ثم علم بذلك سقط الدين وايضا بدون العلم
يشعر بانه لو كان عالما بان حقه في القود لكان مبرئا وليس كذلك فان من كان له القصاص في النفس
اذا استوفى طرف من عليه القود لا يكون مبرئا عن النفس مع العلم بان حقه في النفس قوله
لا المستوفى حقه فلا يضمنه ويشكل عليه مسئلة ذكرها في الزيادات وهي انه اذا قتل انسانا عمدا ووجب
عليه القصاص وقطع يد الآخر ايضا عمدا حتى وجب عليه القصاص في اليد ايضا ثم ان ولي القتيل
قطع يد القاطع سقط حق المقطوع يده في اليد ولا ارش له على الجاني ولو كان لولي القتيل حق القطع
لصار القاطع قاضيا بيده حقا وجب عليه فيضمن الارش للمقطوع عنده ولا يضمن ايضا ولو كان
قطع اليد استيفاء حقه لكان ينبغي ان لا يأثم من له القصاص في النفس فله الحق في الاطراف
من وجه لا من كل وجه لانه يستحق تبعا للنفس لا مقصودا فمن حيث انه حقه لا يجب عليه الضمان
لو استوفاه ومن حيث انه ليس بحق ولا يجب الضمان بالشك وكذا دار وجوب الضمان على القاتل
لمن قطع يده في مسئلة الزيادات بين الثبوت وعدمه فلا يثبت بالشك ايضا واما الاثم فبناء على الحرمة
وانها تجامع مع الشك قوله هذا قطع وابانة والقطع غير القتل قلنا لو شهدا على رجل بالقتل
فقطع الولي يده ثم رجعا ضمنا لصاحب اليد يده وانه يضمنان ما تلفا بشهادتهما فدل ان اليد تلف
بشهادتهم وهم ما شهدوا الا بالقتل فلو كان القطع غيره لما ضمن قلت الشاهدان انما يضمنان
اليد لانهما اوجبا له قتل النفس وذلك يبرئ القاطع عن ضمان القطع فيضمن بايجاب البراءة عليه بعد
علة الضمان له كما لو شهدوا على آخر بانه ابرأ غريمه من الدين ثم رجعوا ضمنوا ومثاله رجلان شهدا
بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا بعد القضاء ضمنا نصف المهر لا انهما اوجبا عليه وما اوجبا فالوجوب
كان بالعقد بل اسقاط النصف وجعلا كانهما اوجبا لان هذه فرقة قبل الدخول وانها مبرئ عن المهر
كله لولا يثبت من قبل الزوج وهما بالاضافة اليه مبطلة البراءة عن الكل حتى لم يثبت البراءة قضاء
كانهما اوجبا بعد البراءة كذا في الشرح قوله واذا قطع ثم حز رقبته فهو استيفاء لان القطع
انعقد متخللا للسراية بحز الرقبة متمما لما انعقد له القطع فيضاف الموت اليهما فصار كانه قتله بالفعلين والقتل حقه
فلا يضمن حتى لو حز رقبته بعد البراءة ينبغي ان يضمن كذا في الشرح قال وفيه نظر لانه يناقض ما في
الكتاب من ان الحز قبل البرء قاطع للسراية وانه بمنزلة تخلل البرء حتى لو قطع يد رجل عمدا ثم قتله بحز رقبته
عمدا يؤخذ بالامرين جميعا عند ابي ح رحمه الله فكان ينبغي ان يؤخذ هنا بضمان اليد كما لو تخلل البراءة الا ان
يقال هذا جواب لما قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله على زعمهما لانهما يقولان بان القتل بعد القطع متمم له
وليس بقاطع للسراية فلا يكون بمنزلة تخلل البرء عندهما فيصلح هذا جوابا لهما ويقول لان القتل بعد القطع
كما يكون قاطعا للسراية بمنزلة البرء حيث ان المحل يفوت به ولا يتصور السراية بعد فوات المحل كذلك يكون
متمما لفعل القطع من وجه آخر على ما ذكر في المبسوط والبزدوي ولكن اعتبر هنا جهة كونه متمما باجهة

كونه قاطعاً للسراية لا لأن اعتبار كونه قاطعاً إنما غير ممكن كما عرفت لأن ضمان اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك
بالحز فظهر ملكه منه له القصاص في النفس مع جميع اجزائها ومن المحل لمن يجب ضمان الجزء عند تملكه فلهذا الضرورة
اعتبر بأجرة قوله ولأنه خرج وافضى الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو أي هذا الوجه مسمى القتل
كونه استيفاء ونسيتهما الأجرة كونه قاطعاً ولا وجوباً وهو مندوب الى العفو فان قلت فما تقول فيما لا يصح
العفو كما إذا قتل قريب المعتوه أو الصغير فانه لا يصح هناك عفو الاب والوصي قلت ان كان لا يصح العفو في
فاستيفاء القصاص غير واجب على الاب لجواز أن يصالح عن القصاص على مال فان قلت فما قولك إذا لم يرض
القاتل بالصلح على مال قلت جاز أن يرفع الامر الى القاضي الشافعي فيحكم على القاتل بالدية من غير رضاه فيأخذ منه
المال ولا يقتل وبالجملة باستيفاء القصاص غير واجب على من له القصاص في حال قوله فيتقيد بالاطلاق
فأشبه الاصطياد قلت نعم لكن الاطلاقات انما تتقيد بوصف السلامة إذا امكن التقيد به ولم يكن فيه حرج اما
إذا كان فيما لا يرى لزم من لبس رداء فسقط في الطريق على انسان فانه لا يضمن وقد علله في الكتاب بان اللابس لا يقصد
حفظ ما يلبس فيحرج بالتقيد بوصف السلامة فلا يتقيد فما لم يتقيد المباحات بوصف السلامة إذا كان في التقيد به
حرج مع امكان التقيد به فكيف يتقيد به إذا لم يمكن التقيد وكان فيه حرج ايضاً كما في مسئلتنا فان التقيد
ههنا غير ممكن إذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه وفيه حرج ايضاً لأن المقطوع يده لا يتمكن من استيفاء
حقه لو تقيد بوصف السلامة وفيه حرج وجوابه سيأتيك ان شاء الله تعالى قوله انهم شهدوا اسيد
مطلق والمطلق ليس بمجمل قلت نعم ولكن الاطلاق في الاخبار والشهادة اخبار فلا يكون القتل الذي اخبروا بصدوره
من زيد مثلا الا قتلا خاصا واقعا بآلة خاصة وذا غير معلوم فكان مجهولا بالضرورة وبالجملة ان صدور الفعل
بصفة الاطلاق متعذر إذ الفعل لا يقع الا بوجه خاص ولا يمكن الاطلاق الا في الايجاب لامكان ان يجب
المطلق والشهادة اخبار بصدور الفعل ووقوعه والاطلاق فيه مستحيل جدا قوله فيجب
اقل موجبيه وهو الدية قلت القلة والكثرة لا يتصور الا عند اتحاد الجنس والقصاص مع الدية
نوعان متغايران لا يمكن ان يوصف احدهما بالاقل والاخر بالاكثر بل القصاص موجب القتل
بوصف والدية موجبه آخر ولا يتيقن في واحد منهما حتى يجب الاقل عند تيقنه وبالجملة ان الموجب للمصير الى الاقل
ليس الا تيقنه ولا تيقن بالدية هنا على ما لا يخفى والجواب عنه ان الاطلاق في الاخبارات انما كان
يتعذر بالنظر الى ما يصدق الحرية فهو بالنظر الى المفهوم ليس بمتعذر وهو القتل فيما إذا شهد انه قتله ولا يدرى بأي
شيء قتله مطلقا فيثبت بهذه الشهادة هذا المفهوم وانه ليس بمجمل إذ القتل يقطع النظر عن مفهوم معلوم ولا مجهول
فيصلح مشهودا به ثم موجبه قد يكون هو القصاص وقد يكون هو الدية وقد تعذر هنا القصاص للشبهة في
الآلة لجواز أن يكون غير جارحة وانه لا يجامع الشبهة فلا بد من ايجاب الدية لئلا يخلو الدم عن العوض
فيهدر وانها تجامع الشبهة فيجب وانما سماها اقل السرعة وجوبها وحقة محملها او لتيقنها كتيقن
الاقل وذلك لان نفس القتل المشهود به ان كان بغير آلة جارحة فالواجب هو الدية وكذا ان
كان بآلة جارحة لان القتل إذا كان بالجارحة وتعذر القصاص يجب الدية هنا قد تعذر القصاص

فيجب

فيجب الدية فالدية واجبة هنا على تقدير كون القتل بآلة جارحة او غير جارحة وكانت كالاقل المتيقن
والله اعلم بالصواب قوله دون الوارث دون هذا النوع مخالفة لما ذكره في التعليل مسئلة عفو احد الشركاء
من قوله ولأنه حق يجري فيه الارث وقد مر جوابه وايضا من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين
الصلبي وابن الابن ولو كان ثبوت القصاص بطريق الخلافة لم يكن مشتركا بين الابن وابن الابن إذ الاقرب
حق بالخلافة وجوابه لأن الاختلاف هو في حق من ثبت له القصاص من قبل المقتول اما في حق من ثبت القصاص
له من قبل وارث المقتول فلا شك انه ثبت بطريق الوراثة حيث ثبت له ما ثبت لمورثه فكان ثبوته له
بطريق الانتقال ولا معنى لثبوت الوراثة سوى هذا في الكافي ولأن القصاص غير موروث لأنه ثبت
بعد الموت للتشفي ودرك الثار والميت ليس من اهله وانما ثبت للورثة ابتداء بطريق الخلافة لما ان ملك
الفعل ولا يتصور الفعل منه هذا كلامه وفيه نظر لو ثبت القصاص لوارث المقتول ابتداء للتشفي ودرك
الثار لثبت الوارثة ولي المقتول ايضا ابتداء لا بطريق الوراثة لأن التشفي امر يشتمل الكل على وجه الاصالة
دون النيابة فكان اصلاً فيما يثبت به إذ الاصالة في العلة توجب الاصالة في الحكم فيجب ان لا يثبت
الابعد مع وجود الاقرب وليس كذلك لما مر ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص
بين الصلبي وابن الابن ولو ثبت القصاص لوارث ولي المقتول ابتداء بعلة التشفي لكان القصاص فيما إذا
كان احد ابني المقتول عن ابني الصلبي دون النافلة كما إذا كان المعتق عن ابنين ثم مات احدهما عن ابن فان
الولاء للصلبي لا للنافلة لأن الولاء يثبت لوارث المعتق ابتداء لا بطريق الوراثة فلا يثبت الابعد وجود
الاقرب وبالجملة ان ثبوت القصاص لو كان لعلة التشفي لم يفترق في ثبوته وارث المقتول مع وارث
وليه وحيث افترق كما عرفت علم ان ثبوته بطريق الوراثة مطلقا وثبوت ما كان ثابتا للوارث لا يوجب
ان ثبت وراثة إذ الولاء يثبت للمعتق ثم إذا مات يثبت لورثته ابتداء لا وراثة وكذا خيار التعيين
وخيار العيب يثبتان للعاقد ثم إذا مات يثبتان لورثته ابتداء لا وراثة على ما مر قوله
وإذا كان القصاص يثبت عنده للوارث ابتداء لا ينتصب احدهما خصما عن الآخر في اثبات حقه بلا وكالة
منه وهذا يشكل بما ذكر في الكافي من ان الاخوة إذا كانوا ثلثة فاقام الاوسط بينة على الصغير انه قتل
الاب واقام الصغير على الاوسط انه قتل الاب وصدق الاكبر الاوسط ضمن الاصغر نصف الدية للاكبر
وربعها للاوسط وللاصغر على الاوسط الربع ثم يجمع ما للاكبر والاوسط فيقسم بينهما وهذا لأن الاكبر
لما صدق صارت بينة الاوسط كبينته لأن احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين وصار الاكبر بهذه
البينة مثبتا النفس على الاصغر بنصف الدية ولم يعارضه احد فيه فيقضي بنصف الدية للاكبر على الاصغر
ولو نصف الدية واستوى فيه الآخر الا انه يقضي بينهما نصفين هذا كلامه وهذا على اصل ابي ح رض الله
عنه غير مستقيم لأن موجب القتل العمد هو القصاص غير انه يتعذر الاستيفاء باعتبار اختلاف
القاتل فلا يكون بينة الاوسط كبينة الاكبر عند تصديقه اياه وهذا لأن هذا الحكم في العمد والخطأ
سواء قوله فهو على هذا اي على الاختلاف المذكور انه إذا اقام الحاضر منهما البينة على القتل

ثم قدم الغايب هل يعيد عنده لبعد بعيده عندهما لا يعيد وان اقام القاتل البينة على الحاضر ان الغايب قد
عفى فالشاهد حصم كذا في الحواشي قوله اذا كان الاختلاف المذكور بناء على حق القصاص للوارث
بطريق الوراثة بطريق الخلافة لا يتصور الاختلاف في مسئلة العبد لعدم تصور الوراثة
بين المولى والعبد اجيب بان الوراثة ان كان لا يتصور بين المولى والعبد والنيابة بان ثبوت
الحق عن العبد متصور وجريان الاختلاف بناء على ان القصاص للمولى يثبت بطريق النيابة
عن العبد وثبوت الحق بطريق الانتقال منه الى المولى او بطريق الخلافة بان يثبت ابتداء عنه
نظرا الى اثباته للعبد فمن وقع عنده انه يثبت حق القصاص للعبد والان ينتقل منه الى المولى
قال يعيد الغايب البينة ومن عنده انه يثبت له ابتداء لا بطريق الانتقال لا يعيد قوله
ولئن كذبهما القاتل فلا شيء لهما ولا اخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا وقد وقع
في بعض النسخ معناه كذبهما القاتل ايضا والاول وقع بعود ولئن صدقهما المشهود عليه وحده
قوله غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره بذلك فان قلت نعم قد اقر القاتل بثلث
الدية للمشهود عليه لكن المشهود عليه قد رد اقراره حيث اقر بعفوه اجيب بانه رده الى غيره
ومثله لا يعتبر ردا بل اقرارا للغير كانه اقر له والمقر له اقر لغيره فيرد المشهود عليه ما اقر من ثلث الدية
من القاتل الى الشاهدين الى هذا اشير في الكافي واشار فيه قبيله الى طريق اخر لصرف هذا الثلث
الى الشاهدين حيث قال لكنه يصرف الى الشاهدين لانه من زعم المشهود عليه انه قد عفى ولا شيء له
على القاتل ولهما على القاتل ثلث الدية وما في يده وهو ثلث الدية مال القاتل وهو
من جنس حقهما فيصرف لهما هذا كلامه ولا يخلو عن تامل لان الثلث لما كان مال القاتل وكان
لهما عليه ثلث الدية بزعم المشهود عليه فغاية الامر ان يكون لهما ان ياخذا من مال القاتل ما هو
من جنس حقهما فاما ان يجب على ما كان في يده ماله ان يصرفه الى من عليه المال فلا الا يرى انه لا يلزم
المودع المديون ان يصرف الوديعة الى الداين اذا كان من جنس حقه بل لا بد من ذلك فالتخريج هو الذي
ذكرنا من ان القاتل اقر للمشهود عليه والمشهود اقر للشاهدين فاذا اسلم القاتل ما اقر به الى المشهود
يحكم اقراره له ان يسلمه الى الشاهدين بحكم اقراره لهما فكانه اراد بالصرف اليهما بان لا يمنعهما من الاخذ
والصرف ولئن لم يكن اليه فعليه ان لا يمنعهما من الاخذ لو ارادا الاخذ منه كالمودع المقر بالدين والوديعة
لو اراد الداين ان ياخذ حقه من وديعة المديون وهي من جنس حقه لم يكن للمودع ان يمنعه من اخذها ان لم
يكن له ان يرد الوديعة اليه قوله وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح فان قلت الشهود وان
شهدوا بشيء جارح ولكن الضرب قد يكون خطاء فكيف يثبت العمد مع انهم لم يشهدوا انه كان متعمدا قلت
لما شهدوا انه ضربه بالسلاح فقد شهدوا بانه قصد ضربه انه لما كان محيطا لا يحل لهم ان يشهدوا انه ضربه وانما
يشهدون انه قصد ضرب غيره فاصابه كذا في الشرح واعترض عليه في الحاشية بان قوله اذا كان عمدا ينافي
هذا السؤال والجواب قلت هذا الاعتراض غير متوجه لان المراد بقوله اذا كان عمدا هو لئن يذكر الشاهد وصف العمدية

ويقول

ويقول انه ضربه بالسلاح عمدا فما ثبت من ذلك لما سيأتيك في اخر الكتاب ان ذكر العمد ليس بشرط حتى لو شهدوا
بمطلق القتل او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد التعمد بل المراد بقوله اذا كان عمدا هو ان
لا يكون مقيدا بوصف الخطاء بل وصفوا القتل بالتعمد او شهدوا بمطلق القتل فان الشهادة بمطلق القتل
كالتصريح بوصف العمدية بناء على ما ذكره الشارح فلا يكون قوله اذا كان عمدا منافيا لهذا السوال والجواب
قوله والمطلق ليس بحمل اقل موجبه وهو الدية فان قلت هذا يخالف ما في اخر الكتاب من قوله انه الشهود اذا شهدوا
بالقتل او اقر بمطلق القتل يجب القصاص قلت المراد بالمطلق هنا هو المطلق عن ذكر الالة والمراد ما في اخر
الكتاب هو المطلق عن قيد التعمد فلا مخالفة والله اعلم فان قلت فما الوجه الفارق بين الاطلاقين قلت
كان وجهه هو ما ذكره الشارح انه اذا شهد بالقتل فقد شهد بانه قصد قتله اذ لو كان خطاء لوجب ان
يقول انه قصد قتل غيره فاصابه فلما قال قتله يحمل على انه قتله عمدا حملا لامره على الصلاح اما اذا اطلق عن الالة
فلا وجه هناك على ان يحمل على الالة ولان الاصل في القتل هو العمد فيحمل عليه وهذا يتاتي في صورة الاقرار قوله
ولو كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد باطلاق [illegible] في اصطلاح ذات البين وذلك ان النبي عليه السلام رخص بالكذب
في ثلث مواضع في الرجل يصلح بين اثنين وفي الرجل يكذب لامراته وفي الكذب في الحرب وانما قال بظاهر ما ورد
انه قال مشايخنا المراد بهذا عليه السلام اذا الكذب العبد كذبه يباعد الملك عنه ميلا من نتن رائحته وسعي الحديث
في الذي يصلح بين اثنين انه اذا كان بين رجلين عداوة اسم احدهما زيد واسم الاخر عمرو يجيء المصالح الى زيد
يقول له زيدا ان عمروا جائر فاسق كاذب الا انه قدرني واكرمني في وقت كذا فيجيء الى عمرو ويظهر ما اثنى عليه
زيد ويكتم ما ذكره من السوء واذا سمع عمرو ذلك لا بد وان يظهر بذكر بعض فضائل زيد وبعض مساويه ثم يجيء
الى زيد ويظهر ما اثنى عليه عمرو ويكتم ما ذكر من مساويه فيصلح بينهما بالجميل وتاويل الحديث في الرجل يكذب
على امرأته ان المراة لطالب الرجل بالشيء فيقول لعلي وعسى ويستثني موصلا بكلامه فاذا لم يعطها بما قال
تظن انه كذب وهو يكذب لان هذه الالفاظ مخرجة عن الكذب قال عليه السلام المخرج عن الكذب اربع ان شاء الله
او ما شاء الله تعالى ولعلي وعسى وتاويل الحديث في الكذب في الحرب ان يقول المسلم للكافر الذي خرج
للبراز كما قال علي رضي الله عنه بعمرو بن عبيد كذا في الذخيرة في اخر كتاب الحيل ثم هنا بحث اما اولا فلان
منتحل المشهود عليه بالقتل لا يحتاج الى ارتكاب هذا الكذب فانهم لو اقتصروا على الشهادة بالقتل
ولم يقولوا لا ندري باي شيء قتله كان سترا ايضا اذ القصاص لا يجب الا اذا شهدوا انه قتله بالة جارحة
فاذا لم يذكروا الالة كان سترا واحتيالا به ايضا فلا يحتاج الى الكذب المشهور كذلك واما ثانيا فلان الحديث
اذا كان مصروفا عن ظاهره لم يبق الاخذ بالظاهر لما عرف من ان العامي ليس له ان ياخذ بظاهر النصوص قوله
فقال الولي قتلهما جميعا فله ان يقتلهما قيد بقوله قتلهما لانه لو قال الولي صدقتما لم يكن له ان يقتل
واحدا منهما لان قوله صدقتما بمنزلة قول كل واحد انت قتلت وحدك وفيه تكذيب لكل
واحد في الجميع فيكون ردا للاقرار فلا يجب على واحد منهما القصاص قوله فان شهدوا
على رجل انه قتله وشهد اخرون بقتله الى قوله وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل

شهادتهما اصلا وقد يشكل بما اذا ادعى انه شجه وليه موضحة ومات بها فشهد بالموضحة وبالبراة وشهد احدهما
بالسراية والآخر بالبرء يقتل على الموضحة لاتفاق الكل فيها مع ان المدعي كذب شاهديه او احدهما نعم
قد قيل ان هذا قولهما قلنا ان يمنع ولكن الفرق على الظاهر وعلى قولهما مشكل **باب**

في اعتبار حالة الرمي

في اعتبار حالة القتل **قوله** فيكون مبريا للرامي عن موجبه كما اذا ابراه بعد الجرح قبل الموت وقد يشكل
عليه ما قاله ابو يوسف رحمة الله عليه فيما اذا ارتد مسلم بعد ما قطعت يده فلم يلحق بدار الحرب او الحق لكنه
لم يقض به حتى اسلم ثم مات من القطع فانه ضمن كل الدية ولو كانت الردة كالابراء عنه
لكان ينبغي ان لا يضمن كل الدية في هذه المسألة كما لو ابراه عن السراية ايضا وجوابه
ان الابراء لم يوجد بصيغة انما يثبت ضمنا للردة من حيث انها تسقط منه فاذا ارتفعت الردة ارتفعت
البراءة الثابتة في ضمنها كما اذا كان للرجل على غيره دين فصالحه منه على عبد ثم هلك العبد قبل التسليم فانه
يعود الدين ولذا يرى المدعي ان البراءة يثبت في ضمن الصلح فاذا بطل بطل ما في ضمنه هكذا
في الحاشية في كتاب بالمرتدين وفيه نظر لما تقدم في آخر كتاب الرهن ان الصلح عن الدين لا يسقط الدين
بل يعود وفي الحاشية جعل الصلح مبريا عن الدين فهو غير صحيح ثم الجواب ان الردة لا تقطع السراية
الا بفوات العصمة وبقاء العصمة ليس بشرط حال بقاء الجناية بل المعتبر قيامها حال انعقاد السبب وهو
زمان الجناية وحالة ثبوت الحكم اي وجوب الضمان وهو زمان الموت وهذا كالنصاب يشترط كماله
في اول الحول وآخره وكالملك فانه يشترط عند الحلف بالطلاق وعند الحنث فالردة الثابتة بين حالتي
انعقاد السبب وثبوت الحكم غير متعدية فلا يصير مبريا عن الجناية بخلاف ما اذا مات على الردة وهذا
اظهر ان ما ذكر من قوله وقال الاتقاني عليه محمول على ما اذا مات المرمي اليه في حالة الردة اما لو مات من ذلك
بعد ما اسلم ينبغي ان يجب كل الدية عند ابي يوسف رحمه الله عليه رحمة واسعة **قوله** كما لو ابراه
بعد الجرح قبل الموت اي كما لو ابراه المرمي اليه الرامي بعد الرمي قبل وصول السهم به ثم وصل فمات فهذا
الحاق للابراء الحكمي وهو الارتداد الحقيقي كما لو ابراه حقيقة وفي الكافي ذكر مكان قوله كما اذا ابراه الخ
كما لو اخرجه ثم ارتد ثم مات فقد قاس الارتداد بعد الرمي على الارتداد بعد الجرح وانه يشعر بان الارتداد
بعد الجرح قبل الموت يوجب سقوط الضمان اجماعا حيث قاس الارتداد بعد الرمي عليه
ولو كان على الاختلاف لم يفد هذا القياس ولكن الفرق لابي حنيفة رضي الله عنه بين ما اذا ارتد بعد الرمي
واما اذا ارتد بعد الجرح مما لا يهتدى اليه **قوله** لان الضمان يجب بفعله وهو الذي اذا فعله
منه فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم وقد يشكل الفرق على اصل ابي حنيفة رحمة الله عليه رحمة
واسعة بين هذا وبين ما اذا ارتد مسلم بعد ما قطعت يده عمدا فمات من ذلك مرتدا فهناك يجب على القاطع
نصف الدية عند الكل وعلله في الكافي بان قطع اليد حصل حال تقوم اليد لكن سراية الجناية حلت محلا
غير معصوم فصارت هدرا بخلاف ما لو قطعت يد المرتد فاسلم فمات منه فانه لا يضمن ولا يعتبر حالة السراية
لان الجناية متى صارت هدرا لا يلحقه الاعتبار واما اذا اعتبرت فيحتمل الاهدار بالابراء فكذا الردة هذا لفظه

فقد اعتبر ابو حنيفة رحمة الله عليه رحمة واسعة الردة في هذه المسألة ابراء عن السراية ولم يعتبر في مسألة الرمي مع ان
الابراء كما يصح بعد الجناية يصح بعد الرمي قبل الوصول ايضا على ان الشارح قال ابا حنيفة رحمة الله
عليه يقول قولهما انه بالارتداد صار مبريا عن ضمان صحيح لان اعتبار المرتد ان الردة
لا يبطل التقوم فكيف يصير مبريا عن ضمان الجناية هذا كلامه وبه يشكل ان الردة اذا لم يكن مبريا
عنده كيف يصح جعله مبريا في مسألة القطع التي ذكرنا **قوله** حتى جاز بعد الجرح قبل
الموت اي بعد فعل الذي قبل الموت سواء كان بعد الوصول او قبله لانه ذكر في الجامع انه لو كان
الجناية خطأ فكفر بعد الذي قبل الاصابة صح فان قلت كيف يصح التكفير قبل الاصابة وقد صرح
في البزدوي ان الشيء بدون الاتصال بالمحل لا ينعقد سببا والتكفير قبل انعقاد السبب باطل كالتكفير
عن اليمين قبل الحنث اجيب بانه قبل الاصابة ان كان لا ينعقد في حق المحل فقد ينعقد في حق
الرامي لا محالة فصح التكفير وتحقيقه في شرحنا للبزدوي **قوله** لان الرمي لم ينعقد موجبا
لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك فان قلت يشكل بما اذا رمى
الى صيد الحل فدخل الحرم ثم انتهى اليه السهم فقتله يجب الجزاء على الرامي حيلة جزاء صيد الحرم
لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة المحرم واشارته كذا في الشامل او نقول صفة المحل يعتبر عند
الوصول لان المحل انما يتأثر عنده ولهذا لو رمى الى صيد في الحل فدخل الحرم ثم وقعت الرمية
عليه لا يحل لان المحل لم يبق محلا للذكوة وهذا ايضا مما اشير اليه في الشامل واعترض
عليه في الحاشية بانه يشكل بقوله اذا رمى مسلما فارتد الى آخره وتقديره ان الواجب
فيما اذا رمى مسلما فارتد ثم وقع السهم به الدية وانها بدل المحلية كضمان صيد الحرم ثم انكم اعتبرتم في
حق وجوب الدية صفة المحل عند الرمي وفي وجوب جزاء صيد الحرم صفته عند الوصول ولا وجه
اليه ويمكن ان يجاب بان الوجوب الواجب الاصلي في مسألة الارتداد هو القصاص لا الدية لانه الموجب
في العمد وكذا في الخطاء على ما صرح به في المعاقل ولكنه امتنع استيفاؤه لمانع والقصاص جزاء الفعل
دون المحل فيعتبر فيه حالة الفعل دون حالة الوصول اما في قتل صيد الحرم فالواجب هو الضمان وانه
بدل المحل فيعتبر فيه حالة الوصول دون الفعل نعم يشكل النكتة الثانية فيما اذا رمى رجلان الى صيد
متعاقبا احدهما فجرحه لانه اثخنه وقال زفر لا يحل لان الاول اخرجه من الصيدية وقد مات بالجرحين
وجرح الثاني ذكوة اضطرار بعد ما صارت ذكوته ذكوة اختيار فاجتمع المبيح والمحرم كما لو تعاقبا في الرمي
والاصابة ولنا ان فعل كل واحد منهما يوجب الحل لانه رمى الى صيد والمعتبر في الحل وقت الرمي لان
الحل بالذكوة وهي فعل المذكي وفعله الرمي اما في الملك فالعبرة لوقت الاصابة لان الملك بالاحراز
واحراز الصيد بالاصابة دون الرمي ولم يضمن الثاني لان المعتبر في حق الضمان حالة الرمي وحالة الرمي كان
كان الصيد مباحا فلم ينعقد الرمي سببا للضمان كذا في الكافي ووجه الاشكال يعرف بالتأمل وجوابه ان كونه
محلا للذكوة وان كان صفة المحل فالاختيار والاضطرار من صفات الفاعل فيجب ان يعتبر فيه وقت الفعل دون الوصول

الا لن يقال كونه محلا للذكوة الاضطرارية صفة المحل لكونه محلا للذكوة الاختيارية فيجب لن يعتبر فيه وقت
الوصول لانا نقول لن المحلية انما هي للزوم اما كونها اختيارية واضطرارية فبناء على كون الفاعل مختارا و
مضطرا فلا يعتبر فيه الا حال الفاعل عند الفعل والله اعلم بالصواب قوله لانه اتلاف بعض المحل
وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية وجب شيء لوجب للعبد فيصير النهاية مخالفة للبداية الخ وهذا
مشكل لما عرف من لن القطع السارى قطع من الابتداء عند ابي حنيفة رضي الله عنه فينبغي لن يجب
الضمان للمولى لان العبد قتل ملكه ولئن قيل الضمان ان كان يجب للمولى باعتبار حالة السراية
فلا يجب لاختلاف المستحق قلنا فليعتبر مثل هذا في الرمي ايضا فان العتاق هناك لن يجب للمولى باعتبار
حالة الوصول فينبغي لن لا يجب في الرمي ايضا كتاب الديات قوله ودية مغلظة
المراد بالتغليظ التشديد لان الشرع شدد عليه بايجاب الدية المكفية لغير تحصيلها لان الجزاء الجناية
يتغلظ بتغلظها وهذه جناية غليظة نظرا الى تعمده على المباشرة فجازاه الشرع بايجاب الدية المغلظة
وبايجاب الكفارة تحقيقا لمعنى الجبر كذا في الحاشية وفيه نظر لما عرف ان الدية تجب بدل المحل لا جزاء الفعل
الا يرى انها لا تتعدد بتعدد القاتل فلو كان جزاء الفعل لتعدد بتعدده كالقصاص والكفارة فاذا كان بدل
المحل وجب لن لا يتغلظ عند تغلظ الجناية الا يرى لن جناية العمد المحض اغلظ من الخطاء وشبه العمد ثم هناك
لو سقط القصاص بشبهة تجب الدية من غير صفة التغليظ وكذا في الكفارة لانها جزاء الفعل ولا تغليظ فيه هنا
فالاولى ان يجاب وجوب التغليظ في شبه العمد الى ما ورد فيه من الاثار على ما سيأتيك قوله
بقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة والنص وان ورد في الخطاء فشبه العمد في معناه فيلحق به دلالة كذا في الحاشية وفيه
بحث قد ذكرناه في اول الجناية قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء وهو للجزاء والجزاء اسم
للكافي فيصير كانه قال فجزاؤه كذا فان لم يجد فكذا كذا في الشارحين فان قلت سلمنا ان الفاء للجزاء وهو
اسم للكافي ولكن لا يخفى ان حرف الفاء انما يدل على كونه كافيا بمعنى انه لا يحتاج الى غيره في الكفاية لا بمعنى
لن لا يكون غيره مجزيا ايضا كالجزاء فهو لا ينافي لايراد الاطعام في الكفارة بمعنى لن يجزي هو ايضا
كما يجزي التحرير ولئن كان ينافي ان يكون الاطعام بعض الجزاء والمقصود بهذا التعليل هو ان الطعام ليس
بمجزي ايضا فالدليل لا يوافق الدعوى قلت كان هذا التعليل بطريق الترديد يعني انه لو زيد
الاطعام فاما لن يجعل جزاء او جزء كالتحرير لا سبيل للاول لان حرف الفاء التي هي للجزاء الذي هو اسم
للكافي ينافيه ولا الى الثاني لان الاعتاق كل المذكور يعني لو كان غيره مرادا للمذكورة لكونه موضعا الحاجة
الى البيان وحيث لم يذكر ولانه غير مراد لان السكوت عن البيان في موضع الحاجة اليه بيان
قوله والظاهر سلامة اطرافه فان قلت يشكل على هذا ان في عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم
صحة حكومة عدل حيث لا يكفيه هناك بظاهر الحال ان هذه الاعضاء سليمة حتى يجب على القاطع خطاء دية
كاملة قلت الظاهر يصلح لا لالزام الدية والحاجة هنا الى دفع الواجب والظاهر يصلح للدفع كذا في الحاشية
وفيه نظر لظهور لن الحاجة هنا ليس الى دفع الواجب كيف والواجب قد تقرر عليه بالقتل الحاجة الى رفعه

الى الذمة

الى الذمة واخلائها عنه والظاهر ان كان يصلح لدفع ما هو غير ثابت فلا يصلح الدفع ما هو ثابت لان الظاهر
يصلح لابقاء ما كان لا للاثبات ما لم يكن والخروج عن العهدة بعد شغل الذمة بها هنا لم يكن ثابتا فلا يثبت
بالظاهر وجوابه ان اثبات ما ليس بثابت او نفي ما هو ثابت انما لا يصلح بالشك واما الظاهر في غير مقام
الالزام ولا الزام هنا فيكتفى فيه بالظاهر وفي ايجاب الدية الزام فلا يكتفى فيه وبعبارة اخرى
لن الظاهر في حكم اليقين اذا لم يكن مكذبا الا يرى انه لو اكتفى بالطهارة الظاهرية في باب الوضوء
يصح بل يجب عليه الوضوء بما عرف طهارته بحكم الظاهر كذا لو شك في الصلوة ويجرى يحكم بالصحة وله غير نظير
وفي الدية مكذب وافترقا قوله في نفس المؤمن مائة من الابل والتمسك به على وجهين احدهما انه
اوجب مائة من الابل فلو وجب الخلفات يزيد على النص من وجه لان ما في البطن له عرضية الانفصال
فكان زيادة على قدر الشرع وهو باطل والثاني انه اطلق الابل ولم يقيدها بكونها ثنية كلها
خلفات في بطونها اولادها فتجرى على اطلاقه ولما كان هنا مظنة ان يقال لن الابل وان وردت
مطلقة عن قيد كونها خلفات فقد ورد مقيدا به فيما روايات وهذه الاطلاق والتقييد وردا في حكم
واحد في حادثة واحدة فيجب لن يحمل المطلق على المقيد كما في كفارة اليمين اجاب بقوله
وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم في صفة التغليظ يعني لن المطلق انما يحمل
على المقيد او لو صح التقييد وهو غير صحيح هنا فلا يحمل عليه ثم المصنف رحمه الله عليه جعل نفس الاختلاف
دليل الزيادة وقد شرط الاصوليون مع الاختلاف ترك المحاجة به فكانه اراد الاختلاف مع ترك المحاجة
والمعنى لاختلاف الصحابة مع ترك المحاجة به بدليل ما ذكر في المبسوط حيث قال واما الحديث الذي روى
وهو قوله عليه السلام وفيه مائة من الابل في بطونها اولادها فلا يكاد يصح لان ما ذكره رسول الله
عليه السلام في حجة الوداع كان بمحضر من الجماعة ولم يرو هذا الحديث الا النعمان بن بشير وهو في ذلك
الوقت في عداد الصبيان وقد خفي على كبار الصحابة حتى اختلفوا بينهم على اقاويل كما بينا عليه السلام
ولم يجز الحاجة بينهم بالحديث ولو كان صحيحا لما اختلفوا مع هذا النص ولا احتج بعضهم على البعض قوله
وابن مسعود رضي الله عنه قال التغليظ ارباعا لما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به هذا جواب عما رواه
بعد تسليم ثبوته يعني لو سلمنا انه ثابت فهو معارض بما روى عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه
فلا يثبت الزيادة بالمعارض فيبقى قوله في نفس المؤمن مائة من الابل مطلقا بل شرط كونها
خلفات او يقول لما تعارض احد بالمتيقن وهو ما قال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه قوله
مائة من الابل اخماسا وانتصابه باضمار يعني او نحوه وانما اضمر لكثرة الاستعمال وامن الالتباس كذا في الشارحين
ويجوز لن يكون انتصابه على الحال اي يجب مائة من الابل حال كونها اخماسا وتفسير الاخماس بقوله وعشرون بنت مخاض الخ
وما ذكر في الشارحين ضعيف لما عرف ان حذف كان في غير موضع الشرط ليس بقياس قوله لانها قلنا احق فكان اليق
بالخطاء لان كل الخاطئ معذور ويشكل بان الدية لا تجب جزاء عن الفعل حتى يتغلظ الجناية وانما تجب بدلا عن المحل
حتى لا تجب عن الجماعة القاتلة خطاء الا دية واحدة قوله غير لن الشارحين رحمه الله كان من حقه لن يذكر قبل قوله

ولئن ما قلناه احق لانه استيفاء من قوله واخذ بالظن والشافعي رحمه الله تعالى عليه قوله وتأويل ما روى
انه قضى بمائة من دراهم كان وزنها ستة وقد كانت كذلك وذكر في الاسرار وما رواه الشافعي رحمه الله
عليه محمول على حال ما كان الدراهم على وزن خمسة وانما كانت على ذلك في الاغلب الى عهد عمر رضي الله تعالى
عنه فابطل عمر رضي الله عنه ذلك الوزن هذا اللفظ نقله الشارح رح فان قلت هذا التأويل يخالف مذهبنا
لانا نقول بوجوب عشرة الاف درهم بوزن السبعة والتأويل بانه قضى من دراهم كان وزنها
ستة يقتضي وجوب اكثر من عشرة الاف لان اثنى عشر الفا بوزن الستة يزيد على عشرة الاف بوزن السبعة
بتمام مثقال فيجب على مقتضى هذا التأويل ان يلزم من وزن السبعة عشرة الاف ومائتان وخمسة وثمانون
درهما وخمسة اسباع درهم وليس المذهب كذا وكذا التأويل بانه قضى من دراهم كان وزنها خمسة على ما هو
المذكور في الاسرار لا يوافق ما هو المذهب عندنا لانه يقتضي ان يجب اقل من عشرة الاف درهم بوزن
السبعة اذ اثنا عشر الفا بوزن الخمسة ينقص من عشرة الاف درهم بوزن السبعة بالف
مثقال فيجب بمقتضى هذا التأويل ان يلزم من وزن السبعة ثمانية الاف وخمسمائة واحد وسبعون
درهما والمذهب بخلافه اجيب بان هذا التأويل لابطال مذهب الخصم ولما بطل مذهبه يثبت مذهبنا
لعدم القائل بالفصل واجيب في الشافي اخذا عن مبسوط شيخ الاسلام بانه يحتمل ان الدراهم كانت
وزن ستة الاشياء الا انه اضيف الوزن الى الستة لما كان قريبا منه فيكون وزن اثنا عشر بوزن الستة
مساويا لعشرة بوزن السبعة وهذا لا يشفي غليل الصدر على ما لا يخفى ثم يصح ان يجاب بان الحديث الذي تمسك
الشافعي رحمه الله مروي عن ابن عباس رضي الله عنه وقد روي عنه ان النبي عليه الصلوة والسلام جعل الدية
عشرة الاف فتعارضت روايتاه فبقي رواية عمر رضي الله تعالى عنه سالما عما عارضه فتعمل به دون غيره ونظيره
ما روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه ان النبي عليه السلام اسهم للفارس ثلاثة وللرجل سهمين وروي عنه
انه عليه السلام قسم للفارس سهمين فتعارض روايتاه فترجح رواية غيره وهو رواية ابن عباس رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام اعطى للفارس سهمين وللراجل سهما لسلامته عن المعارضة هكذا ذكر في كيفية قسمة المغنم
وقدم قوله ولان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهول المالية ولهذا لا يقدر
به ضمان وهذا مشكل لما عرف ان الحيوان الموصوف يصلح مهرا عندنا فقد قدر به منافع البضع وهو مجهول المالية
ولئن قيل انما تحملت الجهالة في المهر لكون التقوم التزام المالية ابتداء وهو عوض منافع البضع وانما ليست
بمال فاشبه الاقرار قلنا الدية ايضا التزام من حيث انها تجب ابتداء بمقابلة ما ليس بمال كالمهر الا يرى
ان المصنف رحمه الله شبه التزام المال في النكاح بالدية حيث قال في كتاب النكاح ولنا انه معارضة مال
بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية والاقارير هذا لفظه وقد اشار الى ان
المهر والدية من مال واحد ولما جهالة تحملت في المهر وجب ان تتحمل في الدية فينبغي ان لا يمنع جهالة
هذه الاشياء في المالية منافية لجعلها دية كما لا ينافي لكونها مهرا قوله الا ان ها هنا الاثار المشهورة
في غيرها فلو قلنا بغيرها لزيادة على ما رويناها بالاثار المشهورة بما ليس بمشهور وانه لا يجوز على ان عمر رضي الله

تعالى عنه

رضي الله عنه يحتمل الصلح قوله فيرتفع الخلاف قلت جاز ان لا يصح الصلح بالزيادة مع بقاء الخلاف
لان دليل الخصم يورث الشبهة واثر عمر رضي الله عنه يحتمل التقدير فلم يصح الصلح بالزيادة احتياطا
مع بقاء الخلاف في التقدير بغير الاشياء الثلثة قوله وقال الشافعي رحمه الله ما دون ثلث الدية
الدية لا يتنصف قال الشارح رح رحمه الله والصواب ان يقال وقال الشافعي رحمه الله الثلث وما دونه لا يتنصف
ذكر في المبسوط وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يقول انها تعاقل الرجل الى ثلث الدية يعني اذا كان الارش
بقدر الثلث او دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فاذا زاد على الثلث فحالها النصف من الرجل الى هنا
لفظه قلت ذكر بعض المحققين في حاشية البزدوي ما يدل على ان ما ذكر في الكتاب صواب حيث قال فيها
سعيد بن مسيب المرأة تعاقل الرجل الى ثلث الدية اي توازيه فاذا بلغ ثلث الدية صارت دية المرأة على
النصف من دية الرجل قيل له كلما زاد الالم انتقص العقد قال انه السنة فحمل الشافعي رحمه الله على سنة الرسول
عليه السلام واصحابنا على سنة زيد بن ثابت لان ذلك مذهبه الى هنا لفظه في الكشف وهو تصريح بانه اذا بلغ الثلث
يتنصف فكان فيه روايتين وقد اختار المصنف رحمه الله انها يتنصف عنده ايضا اذا بلغ الثلث
يشعر بذلك قوله فيما بعد اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه فلهذا ما دون الثلث لا يتنصف و
لم يقل الثلث وما دونه لا يتنصف وانما كان الصواب ذلك ان لو كان في عدم التنصف في الثلث اتفاق
الروايات او كان اختار المصنف رحمه الله ذلك والحل ينتف لم يوجب الروايتين بانه قد عرف من مذهب
زيد وهو ما اخذ الشافعي رحمه الله ان ديتها اذا بلغت ثلاثين ابلا وانه اقل من الثلث يتنصف فاذا
بلغت اربعين ابلا وانه فوق الثلث يتنصف حيث سئل سعيد بن مسيب وهو يعتقد مذهب زيد
عمن قطع اصبع امرأة ما يجب فيها قال عشر من الابل قال فان قطع اصبعين منها قال عشرون
ابلا قال فثلث اصابع قال ثلثون ابلا ثم قال لو قطع اربعة قال السائل كلما ازداد المها قل عقلها
قال هكذا السنة واراد السنة زيد فعلم حكم الثلثين ابلا انها لا يتنصف وحكم الاربعين انها يتنصف
فالثلث بين الاربعين والثلثين ولو قيل بان الثلث لا يتنصف وله وجه اذ التنصف عرف في الاربعين
وانه فوق الاربعين وانه فوق الثلثين ولئن قيل بانه يتنصف فله وجه ايضا اذ الثلث فوق الثلثين
وما فوقه يتنصف او يقال قد عرف من مذهب زيد ان الثلثين لا يتنصف وان الاربعين يتنصف والثلث
وهو ثلثة وثلثون وثلث بين الثلثين والاربعين فيحتمل ان يلحق بالثلثين فلا يتنصف او بالاربعين فيتنصف وفي هذين
التوجيه نظر حيث يلزم ان يكون ما فوق الثلث دون الاربع ايضا على الروايتين لانه بين الثلثين والاربعين
كالثلث وليس كذلك فقط واما هو ذلك زيد لثابت فان قلت كيف زيد ايكون اماما وهو لا يرى
تقليد الصحابي قلت ان الشافعي رحمه الله في تقليد الصحابي خلاف في قوله القديم يقلد وفي الجديد
لا يقلد لكان ما ذكر ههنا من قوله واماه زيد محمولا على قوله القديم او نقول قوله واماه في ذلك زيد بن ثابت جواب
الطعن عليه يعني انه جعل في هذه المسئلة زيد بن ثابت اماما هو الاول قول الصحابي حجة فقد نقض
مذهبه وثبت ما ليس بحجة عنده وهذا مبني على ان السنة المذكورة في قول سعيد بن مسيب انه

السنة محمولا على سنة زيد بن ثابت رضي الله عنه والا فان قول رسول الله لا يحل في هذه المسئلة زيد بن
ثابت اماما هو بل محل السنة الواقعة في قول سعيد بن المسيب على سنة رسول الله عليه السلام فيكون
شبه الحديث فلا جرم يكون هذا منبنيا على اختيار ما تم اعلم ان محل السنة في قول سعيد بن المسيب
هكذا السنة لا يجد بدا الا ان يحمل عليه لا يقدح في الاحتجاج اذ الصحابي بل التابعي اذا قال
يقتدى اليد المفعل كان محمولا على السماع من رسول الله صلى الله عليه وسلم اليه بواسطة والقياس كان
الابداء لغير المعقول محمولا على السماع اليه كان محل السنة على رسول الله عليه السلام او سنة زيد
سواء وقد مرت الاشارة في الكتاب الى ان الابداء لغير المعقول كالخبر المرفوع حتى يعارض الخبر به
قوله اعتبارا بها وبالثلث وقد يقال الاطلاق يستحسن الاحوال لان كل منها خلق لوقاية
النفس ولا فرق بين جسد الرجل والمراة في ضمان الاموال وكذا في ضمان الاطراف الا ان ضمانها
اذا بلغ ثلث الدية يكون في حكم ضمان النفس اذ الثلث في حكم الكل من حيث ان الشرع اعتبره كثيرا حيث
قال الثلث والثلث كثير وينزل الكثير منزلة الكل اصل ممهد في الشرع فينتصف كما ينتصف ضمان الكل ه
فصل فيما دون النفس **قوله** لان الظاهر انه لا يحصل منفعة الكلام فان قلت الظاهر لا يصلح للالزام
الا يرى اذا قطع لسان الصبي ولم يعلم صحته لا يجب دية كاملة مع ان الظاهر سلامته قلت سلمنا انه لا يصلح
للالزام ولكن يصلح للدفع وهنا يدفع سقوط الدية لانه اذا عجز عن اداء الاكثر وقدر على اداء البعض
والعجز عن اداء الكثير لوجب كمال الدية والقدرة على البعض يسقط كماله فيكون الظاهر دافعا لا ملزما
بخلاف تلك المسئلة فانه لو وجب الارش كامل الواجب بظاهر السلامة فيصير ملزما لا دافعا كذا في الكافية
والاصح ان يقال انه اراد بالظاهر الغالب اي الغالب لانه لا يحصل منفعة الكلام اذا لم يقدر على اداء
الاكثر كما ان كثيرا من جنس المنفعة اذ الاكثر في حكم الكل فتجب الدية كاملة وبهذا لا يرد الاشكال
المذكور حتى يحتاج الى التكلف المذكور **قوله** وهو ملحق اي الحقه الشرع ولو كان ذكره بالحاق المجتهد
لكان مدخولا فيه اذ الالحاق من وجه دون وجه من الالحاق من كل وجه وجاز ان يثبت الشيء في الاصل
الاعلى ولا يثبت حكمه في الادنى فلا يستقيم الالحاق لا قياسا ولا دلالة لعدم المماثلة وثبوت التفاوت
قوله ينسب في الصراح سبب [illegible] زيلقي فانسب اي جرية فالحوا الى الوضع
الكثير الى هذا الاصل وفي الكافي الاصل انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا
في الادمي يجب كل الدية لانه فيه اتلاف النفس من وجه اذ النفس لا يبقى منتفعا بها من ذلك الوجه واتلاف
النفس من وجه ملحق بالاتلاف من كل وجه في الادمي تعظيما له اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالدية كلها في اللسان والانف فقسنا عليه غيره اذا كان في معناه هذا كلامه قلت اذا كان
الاتلاف ملحقا بالاتلاف من كل وجه لزم ان لا يلزم في الاتلاف من وجه اكثر مما يلزم من الاتلاف من كل
وجه ولكن قد يلزم في الاتلاف من وجه اكثر مما يلزم في الاتلاف من كل وجه الا يرى لو اتلف الانسان اسنانه
كلها يلزم في كل سن خمس مائة درهم او خمس من الابل فيجتمع المجموع اثنا اذا كان

اثنين

اثنين وثلثين مائة وستين ابلا او ستة عشر الاف درهم واذا كانت ثمانية وعشرين كما في الكوسج كان المجموع مائة
واربعين ابلا او اربعة عشر الاف درهم فيعني بوا الاتلاف من وجه وذلك ان الاتلاف في الاسنان كان
اتلاف منفعة المضغ فحسب **قوله** والايلاد اي على طريق معتاد وهو الايلاج الذي هو طريق
الاعلاق وعن هذا قالوا الايلاج بطريق التفخيذ لا ايلاد والمتعارف **قوله** وكذا اذا ذهب سمعه و
بصره وطريق معرفة ذلك السمع ان يتغافل فينادي فان اجاب لذلك علم ان سمعه لم يذهب وحكي
الناطفي عن ابي خازم القاضي والقدوري عن اسمعيل بن حماد ان امراة تطارشت اي ارادت ان بها طرشا
وهو نوع صمم بعض [illegible] في مجلسه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها غطي
عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها فظهر مكرها كذا في الشرح **قوله** في اللحية اذا حلقت
لم ينبت الدية ولا يطالب بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة لقصور النبات فاذا مات المحلوق لحيته
او رأسه قبل مضي السنة ولم ينبت لا شيء فيه وقالا فيه حكومة عدل كذا في الشرح **قوله** المقصود ان في
العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قلت فينبغي ان لا تجب كل القيمة في الاذنين ان حصل
بل نقصانها لان المقصود منها الجمال دون المنفعة وينبغي ان كل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد
والواجب في الاذنين ان حصلتا في الحر كل الدية كما تجب في العبد كل القيمة وايضا الاطراف في الدية
كالنفس والواجب في نفس العبد الدية الا عشرة دون الحالية فكذا في ارش الاطراف فيجب ان يعتبر
الجمال دون الاستعمال **قوله** لانه ليس بكوسج فيه اشارة الى ان القسمين المذكورين اولا اعني من
كان في ذقنه شعرات معدودات او كان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل كل منهما كوسج ولكن
ذكر في المغرب ان الكوسج معرب هو الذي لحيته على الذقن لا على العارضين وفيه اشارة الى ان من كان
الشعر على ذقنه وخده جميعا لكنه غير متصل فهو ليس بكوسج وقد توفق بان المراد ليس بكوسج ضعيف وحكما
فيجب فيه كمال الدية بخلاف من كان على ذقنه وخده جميعا شعرات غير متصل فانه كوسج حكما لا حقيقة فيجب
فيه حكومة عدل لا الدية كلها عملا بالحقيقة والحكم وحكي ان امراة قالت لزوجها يا كوسج فقال ان كنت
كوسجا فانت طالق فسئل ابو حنيفة رض عن ذلك فقال يعد اسنانه فان كانت اثنين وثلثين فليس
بكوسج وان كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج وبهذا يعلم تفسير الكوسج على خلاف ما في الكتاب الا ان يكون
ما قاله ابو حنيفة محمولا على صورة عدم اللحية يعني اذا لم يكن للرجل لحية يعد اسنانه ان كانت اثنين
وثلثين فليس بكوسج وان كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج واما اذا كانت للرجل لحية فلا حاجة الى
عد اسنانه في معرفة كونه كوسجا **قوله** والاسنان والاضراس كلها سواء ذكر الاضراس تخصيص بعد التعميم
اذ الاسنان ثنايا والانياب والاضراس وانما خصها لان منهم من خص بعض الاضراس على البعض اي فضل
الطواحين على الضواحك فخص الاضراس بالذكر اهتماما بشانه في بيان المساواة بين الاسنان
فصل في الشجاج قوله الشجاج عشرة لان الشجة اما ان لا يقطع الجلد فلا يكون شجة فلا كلام فيه وان قطع
فاما ان يظهر الدم اولا الثاني الخارصة والاول اما ان يسيل الدم ام لا الثاني الدامعة والاول اما ان يقطع اللحم ام لا

الى الدامية والاولى ان قطعت اكثر اللحم الذى بينه وبين العظم ام لا الثانى الباضعة والاولى اما اظهرت الجلدة الرقيقة بين اللحم والعظم ام لا الثانى المتلاحمة والاولى الشجاج ثم لو نفذ الشجة من اظهار الجلدة فلا يخلو اما ان الخضرت على اظهار العظم فهى الموضحة ام لا فان لم الخضرت على كسر العظم فهى الهاشمة اولا فاما ان الخضرت على نقل العظم من غير وصول الى الجلدة التى بين العظم والدماغ اما لا فالاولى المنقلة والثانى الامة هذا على نقد المبسوط وهو المعول عليه كذا ذكر فى الشرح قوله والدامعة بالعين المهملة لان الدمع بالعين المعجمة الشجاج وسيجى بيانها فى الكتاب وان سميت دامعة لان الدم يخرج منها بقدر الدمع فى العلة اولان الالم يصل الى صاحبها فيدمع عيناه قوله والباضعة وهى التى تضع الجلد اى تقطعه فان قلت الشجاج من الحارصة الى الداهبة كلها تقطع الجلد لان ما لا تقطع ليس بشجة على ما ذكر البتة نقلا عن المبسوط فيها وجه تفسير الباضعة بما هو مشترك بين الشجاج كلها قلت المراد قطع الجلد مع قطع بعض اللحم بحيث لا يصل الى حد الكثرة قوله والمتلاحمة وهى التى تاخذ فى اللحم لتحصل الفرق بينه و بين الباضعة لانها ايضا تاخذ فى اللحم على ما ذكرنا ولكن فى تقليل اللحم دون كثيره يؤيده ما ذكره الشارح حيث قال وفى المبسوط وروى عن محمد ان المتلاحمة قبل الباضعة فالمتلاحمة ما تظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها لانها تقطعه وفى ظاهر الرواية المتلاحمة ما يعمل فى قطع اكثر اللحم فهو بعد الباضعة ثم جاز ان يكون تفسير المصنف رحمه الله على خلاف ما يفهم من المبسوط فلا يحتاج الى التاويل فى شى من كلامه فاحاصله ما تقطع بعض الجلد من غير ان يخرج الدم والدامعة هى التى تقطع بعض الجلد و تظهر الدم من غير سيلان فان سيل فهى الدامية والباضعة هى التى تقطع الجلد كلها من غير ان يأخذ فى اللحم فان اخذ فيه فهى المتلاحمة ان لم يصل الى السمحاق وان وصلت فهى السمحاق ان لم توضح العظم فان اوضحته فهى الموضحة ان لم يكسر العظم وان كسرته فهى الهاشمة ان لم ينقلها فان نقله فهى المنقلة ان لم تصل الى ام الراس وان وصلت فهى الامة ان لم يخرج الدماغ وان اخرجته فهى الدامغة الا انه لم يذكرها لانها قتل فى الغالب ذكر فى الذخيرة الباضعة هى التى تبضع اللحم اى تقطعه قال شيخ الاسلام رح ولا ينتزع شيئا من اللحم المتلاحمة وهى التى تقطع اللحم وينتزع من اللحم شيئا هذا كلامه فهو تفسير الباضعة والمتلاحمة على خلاف ما يفهم من تفسيرهما من المبسوط وظاهر لفظ الكتاب اى كتب هذه الشجة متلاحمة باعتبار ما يؤل اليه من التلاحم والالتيام او على التفاول قوله وقال محمد رح فى الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه فان قلت كيف نفى اعتبار المساواة اولا فى وجه رواية الحسن المروى عن ابى حنيفة رح ثم اثبت ذلك ها هنا قلت اجيب بان طريق اعتبار المساواة فى ذلك على نحو ما ذكر ربما يخفى على البعض فيتكر اعتبار المساواة بناء على زعم ثم نظر ما خفى عليه غيره بطريق حسن قوله وفيما دون الموضحة حكومة عدل هذا بيان حكم الشجاج التى هى دون الموضحة فى الجناية على غير رواية غير الاصل لما عرفت من وجوب القصاص فيها على رواية الاصل اى يجب القصاص اذا كان عمدا اما فى الخطاء فلا بد وان يجب فيها حكومة عدل على رواية الاصل ايضا فيحتمل ان يكون هذا على رواية الاصل محمولا على الخطاء قوله وهو

وهو ماثور عن النخعى وعمر بن عبد العزيز اشار الى ان فتوى الشافعى رح على خلاف المعقول لحجة فتوى الصحابة وانها محمولة على انه سمع من سمع من النبى صلى الله عليه وسلم ولكن ذكر فى الكنز انه ليس بحجة قوله وان لم يذكرها لانها تقع قتلا فى الغالب اه يشكل بانه ذكر اللحى بقوله وانها ليست من الشجاج حقيقة مع انه تقع قتلا فى الغالب لا جناية مقتصر بحكم على صرح حتى لا يجب القصاص فيها لا ذكر فلان يذكر الدامعة فيها وهى من الشجاج حقيقة اولى ان تقال هذا وجه الترك وعذره لا وجه يوجب الترك بل الاصل هو الذكر وبيان حكم كل الجراحات قوله واللحيين يختص بما يظهر منهما اى من البدن فى الغالب هما العضوان هذان اى الوجه والراس قلت هذا مسلم اما فى الراس فمحل تامل لان الراس يغطى عادة حتى لا يجوز لمن احرم من الرجل انه يغطى راسه ويجوز له تغطية الوجه لان اثر احرامه انما يظهر فى راسه لا فى وجهه لان راسه مغطى عادة ووجهه لا يغطى فلو غطى الراس وكشف الوجه لم يظهر اثر احرامه فيه بخلاف المراة فان اثر الاحرام فيها يظهر بكشف الوجه فجاز لها ان تغطى راسها فلو كان الغالب فى الراس الظهور كما فى الوجه لم يظهر اثر الاحرام فى الرجل بكشف الراس ايضا على ان هذا التعليل لا يكاد يستقيم فى حق المراة لان راسها عورة مستورة والغالب فيها عدم الظهور كما فى سائر الاعضاء هذا مع انه منقوض باللحى ايضا فان ثلث الدية يجب فيها مع عدم ظهور الشجاج لان الجوف لا يظهر عادة ويجب فيها قوله الا ان عندهما لا تصال به فان قلت فينبغى ان يجب غسلهما فى الوضوء قلت نعم ولكن تركنا بالاجماع والاجماع ههنا فان قلت اللحيان لا يدخلان فيما ذكروا من حد الوجه بقولهم هو من قصاص الشعر الى اسفل الذقن اجيب بالتزام ان ذكر حد للقدر المفروض غسله من الوجه لا لما هو وجه بالحقيقة قوله وقال الكرخى يقدر نقصان الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح لحديث على رض فان عليا رض اعتبر حكومة عدل فى الذى قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبد كذا فى الشرح قلت روى ان رجلا قطع طرف لسانه فى زمن على رض فامر ان يقرا اب ت ث فما قرا حرفا اسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرا اوجب حصته من الدية بحساب ذلك كذا فى البناية مع الصغير للامام التمرتاشى والذخيرة قوله ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها اى الاصابع اصابع البطش والكف تبعها فيه فيكون تبعا فان قلت قد ذكر المصنف رح فيما تقدم ان الاصابع تبع الكف فيما كان اصلها عرضا فهلا اعتبرت جهة الاصالة فى الكف فى حق وجوب الضمان قلت الضمان انما يجب باعتبار فوت المنفعة والاصل فى المنفعة هى الاصابع والكف تابع لها فلا وجه لاعتباره اصلا فى وجوب الارش الذى يتعلق بفوات المنفعة الا يرى انه لا يجب الدية فى اليد الشلاء والعين العوراء لانعدام المنفعة فيها قوله لان الشرع اوجب فى اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الى الرسغ فان قلت فينبغى ان لا يجب نصف الدية فى قطع الرسغ لان النصف ارش هذه الى الرسغ او بقى الاصابع الى المنكب فلا يجب فيما وراء قلت نعم الا انا اوجبنا نصف الدية فيها اعتبارا بقطع الرجل وكونه مما يفوت به المنفعة الا يرى ان الواجب فى النعل الدية ثم يجب كل ما يفوت به جنس المنفعة لانه فى معنى تفويت النفس

كذلك وقطع الاصابع في معنى قطع هذه الخارجة الى المنكب فيجب نصف الدية فيها لانه يجب قطع الخارجة بالمنكب بهذا
المنكب **قوله** واما البداية باطلة الخ ولا حجة في الحديث لان اليد اذا ذكر في موضع القطع فالمراد بالمنكب بدليل
آية السرقة كذا في الكافي وفيه نوع تامل لما ان الزند انما صار مرادا في آية السرقة بدليل اخر وهو ما يروى ان
النبي صلعم امر بقطع يد السارق من الزند ولا دليل فيما نحن فيه على ان المصنف رح علل بقطع يد السارق
من الزند بقوله لان اسم اليد يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به وفي الكافي فان
اليد ذات مفاطع ثلثة الرسغ والمرفق والابط وكل واحد يحتمل ان يكون هو المراد لصحة اطلاق اسم اليد
على الكل لكن الاصحاب زال بيانه عليه السلام حيث امر بقطع يد السارق من الزند ولان هذا القدر
متيقن به وفي الحدود يؤخذ بالمتيقن هذا لفظه فظهر لك ان الزند انما صار مرادا في السرقة بالحديث او بانه
المتيقن وكلا ذلك منتف هنا ولا يخفى انه لا يثبت العرف بان الزند من آية السرقة حتى يدعى ان اليد
اذا ذكرت في موضع القطع يراد به الزند في العرف الا ان يثبت العرف بدليل خارجي فحينئذ لا يصح الحجة
بقول رح **قوله** الا ان البداية البطش يتعلق بالكف والاصابع لا شك انه يتعلق بهما غير ان الاصابع
اصل والكف تبع تابع لكن هذا التعليل يشير الى اليد هو هذه الخارجة من رؤوس الاصابع الى الزند ند
وقدمت الاشارة في اول الكتاب بقوله لولا انا استوعبت الوظيفة الكل الى انها اسم الكل من
الاصابع الى الابط وجوابه ان اليد اسم لهذه الخارجة الى الابط غير ان متعلق الدية ومناط وجوبها
هو فوات منفعة البطش ولانها لا يتعلق الا بالاصابع والكف واسم اليد فيما يتعلق من المنفعة كانه يقتصر
على الزند فما ذكره اولا فهو على اللغة وهو بالنظر الى المنفعة فلا تنافي **قوله** ولا تبع للتبع اى لا يصير اصلا فيما
صار تبعا لانه يؤدي الى التناقض فان قلت الصبي العاقل تبع لابويه في الاسلام حتى يصير مسلما باسلام احدهما
وباسلام احدهما مع انه اصل فيه ايضا حتى لو اسلم بنفسه كان اسلامه صحيحا عندنا قلت الاسلام الثابت
للصبي باعتبار ابويه لا يجعل الصبي اصلا في ذلك الاسلام وانما يصير اصلا في اسلام ثابت بعبارته فظهر
ان الصبي لا يصير اصلا فيما يصير تبعا **قوله** وفيها اصبع واحدة قلت التقييد بالاصبع الواحدة يشير الى
انه اذا لم يبق الا مفصل من الاصابع فانه يعتبر فيه الاقل والاكثر فيدخل الاقل في الاكثر وهو رواية
الحسن عن ابي حنيفة رح وفي ظاهر الرواية يجب فيه ارش تلك الاصابع ويجعل الكف تبعا **قوله** ولا الى اهدار
احدهما لان كل واحد اصل على حدة من وجه الاصابع اصل عرضا والكف قيا ما كذا في الكاسب وفيه ان هذا
الوجه يوجب ان لا يهدر احدهما بل يرجح بالكثرة وان كان جميع الاصابع او اكثرها قائما لما ان الكف
اصل فيها مطلق لا نعلم قوله عليه السلام من كل اصبع عشرة من الابل يقتضي العشر لانا نقول خطأ
بان الشرع يرد على ما هو الاصل في الفتاوى وهذا من العوارض البارزة كذا في الكاسب وهو يشكل بما اذا كان
الجنب ان يغسل البرد او برضه ان اغتسل وهو في المصر فانه يتيمم عند ابي حنيفة رح وان كان يتحقق هذه الحالة
نادرا في المصر لان البحر نادر فيجب فلا بد من اعتباره عملا بالنص فهذا نظير ان ما تناوله النص يجب اعتباره
وان كان نادرا اللهم الا ان يثبت ان مطلق اسم الاصبع لا يتناول الاصابع الزائدة فلا يدخل تحت النص

ع

ثم اعلم انه لا قصاص فيه اما اذا لم يكن للقاطع اصبع زائدة فظاهر كمن قطع ابهام انسان وليس له
ابهام وان كذلك لان المساواة في القيمة قطعا ويقينا شرط ولم يوجد لان الواجب في قطع
الاصبع الزائدة حكومة العدل وانه تعرف بالحزر والظن وبهذا لم يجب القصاص في اطراف
العبد هذا من الذخيرة وفيه نظر لما تقدم من ظاهر الرواية وانه يجب القصاص فيما قبل الموضحة من الشجاج
مع انه لا مساواة هناك قطعا لان الواجب فيها ايضا حكومة وانها تعرف بالظن وجوابه هو
ما ذكر في الذخيرة في وجه ما هو ظاهر الرواية فيما قبل الموضحة حيث قال وقولهم المساواة في
القيمة شرط قلنا المساواة شرط انما تعتبر في الاطراف فاما فيما دونها من الجراح فلا وهذا لان
قضية القصاص في الاطراف ان يعتبر المساواة في الاجزاء لا غير لكن اعتبرنا المساواة في القيمة
بالنص وهو حديث عمران بن حصين رض والنص الوارد باعتبار المساواة في القيمة في الاطراف وامر
الاطراف اهم لان في قطعها تفويت المنفعة والحاق الشين لا يكون واردا فيما هذه الشجاج ودونها
الحاق الشين دون قطع المنفعة فيرد هذه الشجاج الى قضية القصاص ثم ذكر في الاشكال فان قلت
قطع الاصبع الزائدة ازالة عيب فينبغي ان لا يوجب شيئا قلت لا بد وان يتألم الباقي بقطعه فلذا يوجب
حكومة عدل ثم لفظه قلت هذا لا يكون يكاد يستقيم على مذهب ابي حنيفة رح لانه لا يقول بوجوب
حكومة عدل للالم حتى ان من شج رجلا فالتحمت الشجة ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عنده
ولا يجب شيء وسيأتي عند ابي حنيفة فالاوجه ان يقال قطعها ان كان يزيل الشين الزائد فهو يحقق شينا
اخر لما فيه من بقاء الاثر الذي يوجب شينه لا محالة فيتعارضان فيبقى الاعتبار لكونها جزءا من اجزاء الادمي
وانه يوجب الارش الا اذا كان فيه ازالة الشين كما في حلق الشين اي الشعرات في اللحية ولم يوجد هنا
ازالة الشين للتعارض على نحو ما قلنا فيجب الارش **قوله** لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال
فان قلت في فتاوى العين ايضا ازالة الجمال مع انه يلزم الارش في عين الصبي اجيب بان المقصود
الاصلي فيها هو الرؤية والجمال تابع والعبرة للاصل دون التبع بخلاف الاذن واللحية ونحوهما حيث لا يقصد بها
الا الجمال فافترقا **قوله** وهذا قول ابي حنيفة رح وابي يوسف قال الشارح رحمه الله ذكر ابو يوسف رح دفع عن الخوض
في ان جميع الروايات الكتب المتداولة فينبغي ان يذكر محمد رحمه الله مكان ابي يوسف رح كما في الايضاح اولا
يذكر اصلا كما هو رواية المبسوط وشرح الجامع الصغير والذخيرة والمغني وقوله ان السمع والكلام مبطنا
فيعتبر بالعقل يجامع كون كل مبطنا فان قيل هل هذا الا قياس بخمس وقد انكره مشايخنا اجمع قلت بل
هذا معنى مؤثر ان دية الموضحة انما يدخل في دية العقل من حيث انه ليس للعقل موضع في
الجسد يشار اليه حتى يجعل الجناية من وجه وعند اتحاد المحل يدخل الاقل في الاكثر لئلا يلزم
تكرار الضمان والكلام ايضا مبطن ليس له موضع في الجسد يشار اليه لان المراد بذهاب الكلام
كونه بحيث لا يقدر على تكلم الكلام ولا يتوهم المعالج علاجه في الماشية فيتحد محل الجناية من وجه
ايضا فيدخل الاقل في الاكثر ولكن مثل هذا لا يستقيم في السمع لان له موضعا في البدن يشار اليه

انها قوة مودعة في العصب المفروش في مقعر الصماخ يدرك به الاصوات بطريق وصول الهواء المتكيف
بكيفية الصوت الى الصماخ بمعنى ان الله يخلق الادراك في النفس عند ذلك وهكذا في الايضاح وهذا
الفرق بين السمع والكلام وبين البصر على ما روي ابو يوسف رح لا يتضح الا ان يقال يعين موضع السمع على
ما ذكروا انما يثبت بدليل ظني وبالظن لا يحصل القطع بتغاير المحل الموضح بل مع ذلك يبقى شبهة اتحاد المحل وفي شبهة
الاتحاد شبهة تكرار الضمان فيدخل الاقل في الاكثر احتياطا هذا غاية ما يمكن في تصحيح دليل ابي يوسف رح ولكن الكلام
بعد محل نظر لما يجيء ان الجنين جزء الكلام من وجه ونفس على حدة من وجه ومع ذلك يجب ضمان
الجنين مع ضمان الام وذلك بان ماتت الام بعد ما القته ميتا مع ان فيه شبهة تكرار الضمان من حيث انه جزء
على ما عرف ان ضمان الكل يقابل جميع الاجزاء فعلم ان شبهة تكرار الضمان لا ينافي الضمان الا ان يقال في مسئلة
الجنين مع ضمان الام وسنذكر الروايتين بعد ما قلنا ان يمنع قوله وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولا جهة حين
يعرف بالفرق المذكور والاتيين استوداد السن بكون البعض وبين يد الشلل والاصبع بقطع مفصل منه من حيث
ان في الاول تجب الدية في السن كله وفي الثاني تجب دية المفصل وحكومة العدل في الباقي مع ان الشلل كالاستوداد
على انه ذكر في شرح الطحاوي والجامع الصغير البرهاني والجامع القاضي خان رحمهم الله انه تجب دية الاصبع اذا
شل الباقي من الاصبع ودية اليد اذا شلت اليد ومن هذا قيل اراد بحكومة العدل في قوله وفيما بقي حكومة عدل
هو حصة ما بقي اما بعين بتوزيع ولم اثر يدخل فيه ولهذا روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه اذا قطع الكف من
المفصل وفيها دون اصبع فانه يتعين الاكثر من دية الكف ودية ما بقي من الاصبع لان ارش كل مفصل غير منصوص
عليه وانما اعتبرنا ذلك بالمنصوص عليه بالتوزيع الرأي وكون الاصبع اصلا بالنص فاذا لم يرد النص في ارش مفصل
واحد تغير فيه الاقل والاكثر فعلم بهذا ان ما ثبت من القصة بالتوزيع وذلك يثبت بنوع رأي جاز ان سمي حكومة عدل
قوله ولو قطع المفصل الا قوله لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود لعدم المماثلة شرط وجوب القصاص فلم ينعقد
تلك الجناية موجبة للقصاص ابتداء وانما ينعقد موجبة للمال فلا يكون له على القصاص سبيل كذا في الـ... وقد يشكل
الفرق بين هذا وبين ما اذا لطم او وكزه او ضربه بالسوط حيث لا قصاص فيها ايضا لعدم امكان المساواة ولكن اذا
رضي الضارب به فانه يستوفي لانه انما امتنع الاستيفاء لحقه فلا يستوفي منه باكثر مما جنى فاذا رضي فقد اسقط حقه
في الزيادة هكذا في الشرح في مسئلة ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرئ من تسعين فلما جاز استيفاء الضرب برضاء الضارب
بسوط المذكور مع ان الضرب لم يقع موجبا للقصاص ابتداء كان ينبغي ان يجوز استيفاؤه القصاص
ههنا ايضا اذا رضي المقطوع مفصله بقطع المفصل وترك الباقي وان القصاص ههنا قد امتنع لحق الجاني عليه
فاذا رضي بسقوط حقه يستوفي القصاص كذا ههنا قوله ولان الجناية الاولى لم تسار به والجزء مقيد بالمثل وليس
في وسعه التساوي فان قلت لم لا يكون من قبيل استيفاء بعض الحق واسقاط الباقي اجيب بان الحق في
البعض انما يثبت في ضمن ثبوته في الكل فلا يثبت في الكل وههنا لم يثبت في الكل فلا يثبت في البعض في الاستيفاء
بسلو الثبوت بخلاف صورة الشفاء والبعض واسقاط الباقي لان الحق هناك ثبت في الكل فلا يستوفيه
او يتجوز بدون حقه قوله وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالاخر وفيه قوله انه اذا كان المحل متحد من

وجه

وجه وجب ان يدخل ارش الموضحة في دية العينين لان في استفادة به كل على حدة شبهة تكرار الضمان نظرا
الى شبهة اتحاد المحل والتكرار حرام فكذا شبهته قوله بخلاف النفس اي النفسين اللتين رمى الى احدهما فاصاب
السهم ونفذ منها الى اخرى حيث يجب ههنا القصاص في الاولى وتجب الدية للثانية ولا توجب
كونه خطأ في الثانية شبهة الخطأ في الاولى لان احدهما ليس من سراية صاحبه وقد يقال
الجناية في الثانية ان لم تكن من سراية الجناية في الاولى فالفعل وهو الرمي واحد اذ لا صنع
من الرامي سوى الرمي وهذا الفعل قد صار خطأ في الثانية فاورث شبهة الخطأ في الاولى
كما اورثت اتحاد الفعل شبهة وجوب الاغتسال على الفاعل في حق المفعول عند الايلاج في دبر رجل
اخر من خلفه فان هذا الايلاج اوجب الاغتسال على الفاعل على كمال السببية في حق الانزال
والفعل واحد اورث شبهة كمال السببية في حق المفعول به واحتياطا قوله وبخلاف ما اذا وقع
السكين على الاصبع يعني لو قطع الاصبع واضطرب السكين واصاب اصبعا اخرى خطأ اقتص
للاولى دون الثانية لانها قد صارت مقصودة ونحن نسلم انها نفس مقصودة وانما الكلام في اتحاد
الاثار وذلك عند السراية يكون وقد وجد كذا ذكر فخر الاسلام رحمه الله وكذا ذكر ايضا في الايضاح
فعلك بخلاف ما اذا سار السكين الى اصبع اخرى لان القطع في الاخرى ليس من اثر الفعل الاول
بل الفعل كله مقصود فيتعدد وذكر بهذا يعلم ان فيما قاله الكتاب بقوله لانه ليس فعلا مقصودا نظرا و
ان الصواب ما ذكره فخر الاسلام وابو الفضل كذا في الشرح قلت جاز ان يقال ان الضمير في قوله لانه وقوله
ليس عائد الى ذهاب العين لا الى قطع الاصبع الاخرى باضطراب السكين من الاولى اي هذا بخلاف
ما اذا وقع السكين على الاصبع الاخرى لان ذهاب العين ليس فعلا مقصودا بل اثر فعل الشجة
الموضحة وقطع الاصبع الاخرى باضطراب السكين فعل مقصود ليس باثر الفعل الاول فلا يلزم من
الاقتصار ههنا كذلك لكنه لم يذكر المقدمة الثانية لظهوره او نقول ان المراد ليس اثر فعل مقصود
بل قصد وهو قطع الاخرى فلا يصح القياس عليه او نقول معناه ليس فعلا يقصد حصول العبرة حتى
يكون اثره فيجعل منهما بخلاف ذهاب العين فانه قد يقصد بفعل الموضحة فيمكن ان يجعل منهما لما و
بهذا يظهر ان لا مخالفة بين ما ذكره المص رحمه الله وما ذكره شيخ الاسلام وابو الفضل رحمهما الله
قال زفر الصواب من حيث الاعراب ان يقول فيهما وزفر لان العطف على الضمير المتصل ليس
بدون الفصل كذا في الشرح ولان علينا ان يلزم ههنا نصب زفر بجعله مفعولا معه على نحو قولنا جئت
وزيدا او يحمل على المذهب الكوفي فانهم يجوزون العطف على الضمير المتصل المرفوع بلا تأكيد وفصل حسنا
قوله ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة رحمه الله ان كان خطأ وسقط
القصاص ان كان عمدا اما اذا كان خطأ فظاهر وكذا لو كان عمدا الا انهما قالا يوجب الارش بعد
النبات فيما لا يقولان بوجوب القصاص بعد علمهم بان في ... فيما بعده فاذا لم يجب القصاص لا
بد وان يجب الارش كاملا كما في الخطأ لان الجناية لا تنعدم بالنبات كما في الخطأ فكان الواجب عنده بعد

النبات هو الارش عمدا كان او خطاء وذكر في المبسوط ولو قلع سن رجل فنبتت كما كان فلا شي عليه
في ظاهر الرواية وقد روي عن محمد رحمه الله انه يجب حكومة عدل بقدر ما لحقه من الالم وعن ابي يوسف
انه يرجع على الجاني بقدر ما يحتاج اليه من ثمن الدواء واجر الاطباء وابو حنيفة رحمه الله يقول
لا يجب شي قوله ان العروق لا تعود ليس المراد ان السن عرف في باب القصاص وهو لا يعود بعد الا
نقطاع حتى يخالف ما اشار اليه في باب القصاص فيما دون النفس من ان السن عظم حيث قال
في قوله عليه السلام ولا قصاص في عظم ان المراد غير السن فينبغي اشعارا بان السن عظم على ما لا يخفى بل
مراده ان السن المقطوع لا يلتزق بالعصب والعروق فيكون وجوده وعدمه بمنزلة قوله
فنبتت سن الاولى اي من غير اعوجاج وان نبت معوجا يجب حكومة العدل قوله لانه تبين انه
استوفى بغير حق فان قلت على قولهما نبات سن الرجل بعد القلع لا يسقط الواجب بالجناية كما اذا
قلع سنه خطاء فنبتت مكانها اخرى لا يسقط الارش فهل يسقط القصاص حتى يضمن المنزوعة سنه اولا
خمسمائة دية سن النازع قلت اذا نبت السن زالت الجناية من وجه لان النبات بعد السقوط
نعمة مبتداة فلا ينعدم الجناية الاولى والقصاص لا يجامع الشبهات فاعتبر فيه جهة الزوال
والمال يجامعها فاعتبر بقاء الجناية ويعلم ان على قولهما ان كان يسقط به الارش لان الجناية لا تنعدم
به على ما مر فيجب للمنزوع سنه اولا على النازع مثل ما وجب عليه فيلتقيان قصاصا ثم ههنا نوع شبهة
لان الجناية قد تحققت عندهما حيث لا يحتمل الانعدام غاية الامر انه يتوهم اعتراض الشبهة بنبات السن
ولكن توهم اعتراضها غير مانع من استيفاء القصاص فاذا استوفى كان استيفاؤه بحق فاذا نبت السن
بعد ذلك ظهرت الشبهة وبالطارية من الشبهة لا يظهر ان استيفاؤه كان بغير حق حتى يجب عليه الارش
لكنه وجوابه ان اعتراض الشبهة بعد استيفاء القصاص انما لا يمنع اذا كانت الشبهة ثبتت مقتصرة اما اذا
ثبتت مستندة الى وقت الجناية الاولى فيمنع اذ باستناد الشبهة اليها يظهر ان حقه لم يكن في القصاص
فيجب المنزوعة سنه اولا خمسمائة للشارع ولا على النازع مثل ذلك فيلتقيان قصاصا قوله وبهذا يستاني
حولا في العمد والخطاء في البالغ فلا يستاني في ذلك ولم يعتبر في حق المال لامكان التدارك فيه ولا عبرة في
القصاص بعدم الامكان كذا في الكافي وذكر في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا بالاستيفاء حولا في
في فصل البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام في الجنايات كلها يستانى حولا وذكر قبل هذا والاصل
عندنا يستاني في الجنايات كلها حولا عمدا كان او خطاء وذكر في القنية انه ينتظر حتى يبرا موضع السن
لا الحول هو الصحيح لان نبات السن للبالغ نادر فلا يفيد التأجيل الا انه قبل البرء لا يقتص ولا يوجد
الارش الا انه لا يدري عاقبته فحصل ههنا ثلث روايات احدها انه يستاني حولا في العمد والخطاء في البالغ
والصغير وثانيها انه لا يستاني حولا في البالغ مطلق بل ينتظر حتى يبرا موضع السن والثالث ان ينتظر
في حق الصغير حولا للقصاص في الارش وفي حق البالغ للقصاص دون الارش قوله فالقول للمضروب ليكون
التأجيل مفيدا وبيان انه الشرع شرع الاستيفاء في تحريك السن حتى لا يجب شي ان اشتدت او يجب ان الوديت

و

واسقطت فلو لم يكن الفعل للمضروب في التغير والسقوط يبطل فائدة الاستيفاء لانه لا يمكن له اثبات التغير
بالبينة الا ان يستصحب مع نفسه شاهدين في هذه المدة حتى يشهدا انها حدثت من ضرب الضارب وهو
متعذر او متعسر كذا في الشامل فان قلت بل في التأجيل فائدة قبل قول المضروب او لم يقبل وهي ان
لا يقضى سنوف بالارش بغير حق حتى اشتد بعد ذلك وهذه الفائدة لا تبطل بقبول قول الضارب فكذا
وكذا فائدة وجوب الارش عند التغير او السقط لا يبطل بقبول قوله لان قوله انما يقبل مع اليمين وربما
لا يحلف فيحكم عليه بالسكوت او يقيم المضروب بينة على ما يدعي او لا ينكر الضارب اصلا فيفيد الاستيفاء
فائدة وجوب الارش في هذه الوجوه نعم لو لم يتصور فيما سوى الاصطلاح وحلف الضارب لكان
فائدة التأجيل منحصرا على هذا قوله المضروب وليس كذلك فالاولى في التعليل هو ما ذكر في المبسوط
حيث قال وان قال الضارب قد سودت من ضربة بعد ضربي وكذبه المضروب فالقول
له مع يمينه الا ان يقيم الضارب البينة على ما ادعى والاصح ان القول للضارب في القياس
لانه ينكر السبب الموجب للضمان لان الضربة لا توجب عليه الضمان ما لم يكن استرداد السن
بتلك الضربة والكاره حدوث السواد بها كالكار اصل الضرب وفي الاستحسان القول
للمضروب لان الموجب للضمان على الضارب فعله وقد عرفنا حلول فعله هذا المحل وما يظهر عقيب
السبب يحال به عليه ما لم يعلم غيره لان الظاهر شاهد للمضروب لان ما يدعي الضارب من ضرب
اخرى من غيره لم يظهر والقول قول من يشهد له الظاهر كذا في الشرح نقلا من المبسوط فان قلت
فينبغي ان يكون القول للمضروب بعد السنة ايضا للعلة المذكورة اجيب بان التغير او السقوط
بعد السنة ما يضر به الاولى غير ظاهر لان السنة مشتملة على الفصول الاربعة وهي الحرارة والبرودة
واليبوسة والرطوبة فالظاهر ان فصلا من فصول السنة يوافق طبع المجني عليه فيبدأ او يخالف
فيسقط او يتغير فكان مضي السنة في الغالب سببا للبرء او السقوط او التغير فلما لم يسقط في السنة
او لم يتغير فالظاهر ان التغير والسقوط بعدها لضربة حادثة فيكون الظاهر شاهدا للضارب
فيكون القول له قوله ولنا قوله عليه السلام يستأني في الجراحات قلت المدعى انما هو التأخير
الى ان يبرأ والحديث ناطق بوجوب الاستيناء سنة وبينهما بون لا يخفى الا ان يقال المعتبر هو
البرء اذ لا به يحصل الامن السراية الى الموت غير ان البرء قد يكون حقيقة وقد يكون حكما بان
مضى الحول فانه لما مضى ولم يبرأ فيه مع اشتمال الفصول الاربعة التي لا بد ان يوافق
واحدا منها مزاجه فيبرأ او يخالف فيهلك علم ان صار الطبع قاسرا فانه لا يسري الى الموت فصار
في معنى البرء لحصول الامن به عن السراية فقوله عليه السلام يستأني في الجراحات سنة لا بد وان يحمل
فيما اذا لم يبرأ منه لان الحاكم يشترط الا لحصول الامن عن السراية والبرء في الابراءات الامن عنها اقوى من
الحول فاذا اكتفى بالحول فالبرء اولى قوله انه مال وجب بالقتل ابتداء قلت
لو كان واجبا به ابتداء لكان ينبغي على العاقلة لما مر في الكتاب ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء فهي على

على العاقلة وقد قيل لئن الواجب في قتل الاب ابنه هو القصاص ابتداء الا انه يسقط بالشبهة وتجب الدية كيلا يهدر الدم ولان قلت المراد بقوله ابتداء هنا انه يجب من غير سابقة صلح فلا تناقض قلنا بهذا المعنى الا كان يندفع التناقض فلا يخفى ان الواجب في قتل الاب ابنه لو كان هو القصاص على ما صرحوا لم يكن هو مثل شبه العمد الواجب فيه ابتداء هو الدية حتى يقاس عليه الا ان يقال انه ولئن كان لا يشابه شبه العمد من كل وجه فهو يشابهه من وجه البتة لان المال في كل منها يجب من غير سابقة صلح فعملنا بالوجهين فمن حيث انه يشابهه قلنا بالوجوب ومن حيث انه لا يشابهه قلت بالدية لا يتغلظ فيه كما يتغلظ في شبه العمد قوله وهما ليس من اهل العقوبة فان قلت بل هما من اهلها اذا باشرا سبب العقوبة ولهذا يجب عليهما ضمان اجيب بان العقوبة انما يكون في جزاء الافعال كالكفارة وما يجب عليهما من ضمان المتلفات فهو ضمان المحل لا جزاء الفعل فلهذا لا يتعدد بتعدد المتلف قوله والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب يستره لانهما مرفوعا بالقلم يعني هذا يشير الى ان الذنب لا بد منه لايجاب الكفارة ولكن ذلك يشكل بالذي فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها او فعله وهو مجنون او مغمى عليه فانه يجب الكفارة عليهم مع انه لا ذنب لهم
فصل في الجنين قوله ففيه غرة فقال زفر لا يجب شيء كذا في حاشية الكنز وحكى ان رجلا سأل زفر رحمه الله عليه رحمة واسعة هذه المسئلة فقال زفر فيه غرة عبد او امة فقال السائل لو موته لئن حدث من ضرب الضارب يجب كمال الدية والا لا يجب شيء فتحير زفر وجاء عند ابي يوسف رحمه الله عليه رحمة واسعة فاجاب بمثل ما اجاب زفر رحمه الله عليه رحمة واسعة فاجاب بمثل ما جاء السائل فقال التعبد التعبد كذا في بعض الشرح قوله ويروى او خمسمائة او يروى عنده او انه قيمته خمسمائة او خمسمائة قوله اذا كان خمسمائة درهم قيد به احترازا عن جنين الامة اذا كان لا يبلغ خمسمائة كذا وجدت بخط شيخي رحمه الله عليه رحمة واسعة ولكن هذا لا يتضح لان ما وجب في جنين الامة فهو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة درهم على ما يجيء كذا في الايضاح والذخيرة وغيرها والغرة في جنين الحرة لا يكون اقل من خمسمائة فلا يكون في التقييد فائدة اذا كانت خمسمائة فائدة كذا في الشرح ويمكن ان يقال في فائدة قوله اذا كانت خمسمائة ان المراد بقوله اذا كانت خمسمائة هو كونها خمسمائة في تقدير الشرع اي اذا كانت خمسمائة بالتقدير الشرعي فيكون احترازا عن جنين الامة الا انها غير مقدرة بخمسمائة شرعا سواء بلغ خمسمائة او لا فلا تجب على العاقلة او يقال انما ذكر قوله اذا كانت خمسمائة تنبيها على لئن الغرة يصلح لان يجب على العاقلة لانها خمسمائة والعاقلة تعقلها وانما لا تعقل اقل منها فكانه خرج مخرج التعليل قوله لانه لا بد للجزء والجزء في حكم المال وبدل المال لا يجب على العاقلة هذا اذا لم يبلغ بدل الجزء ثلث الدية فصاعدا اما اذا بلغ ثلثها فصاعدا يجب على العاقلة لئن الثلث في حكم الكل وكل الدية على العاقلة ولئن كان بدل الجزء لانه ولئن كان بدل الجزء ظاهرا فهو بدل النفس معنى لانها تجب لفوات جنس المنفعة

الذى هو في حكم فوات الكل قوله الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة جواب سؤال لما سمعنا عليه السلام دية وهي بدل النفس ينبغي ان يتحملها العاقلة وان كانت خمسمائة لان بدل النفس يتحملها العاقلة او يكون بخلاف ما دون النفس فان العاقلة لا يتحمل حتى يبلغ خمسمائة فقال الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة لان الغرة بدل الجزء من وجه كذا في الشرح فان قلت لا فائدة لهذا الجواب لما تقدم ان غرة الجنين لا يكون اقل من خمسمائة درهم على انه لا يصلح جوابا لان ما روي عن النبي عليه السلام ان العاقلة لا تعقل ما دون ارش الموضحة فهو مفيد عما اذا لم يكن ما دونه بدل النفس الا يرى ان قيمة العبد المقتول لما كانت بدل النفس من جهة الآدمية تجب على العاقلة قل او كثر قلنا نعم نقول قوله الا ان العاقل لا تعقل ما دون خمسمائة لا يقع موقعه لان ارش جنين الحرة لا يحتمل ان يكون اقل من خمسمائة وقيمة جنين الامة وان كانت اقل ولكن لا تجب على العاقلة وان كانت خمسمائة فصاعدا على ما ذكرنا من الرواية فلا يفيد قوله الا ان الخ لا بالنسبة الى جنين الامة ولا بالنسبة الى جنين الحرة اذ الاول لا يكون اقل من خمسمائة والثاني لا يجب على العاقلة قل او كثر قوله وقال الشافعي رحمه الله في ثلث لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته وهذا اشكال على من مذهب فوريح ان غرة الجنين للام وعللوه انه بدل جزء منها فالتعليل بقوله لانه بدل النفس ثم التأييد بقوله ولهذا يكون موروثا لا يكاد يستقيم على مذهب ومن هذا قيل انه بطريق الالزام علينا لا بطريق اثبات مذهبه ولكن يشكل بان الغرة لا تخلو اما ان كانت بدل النفس عنده او بدل الجزء فان كانت بدل النفس ينبغي ان يكون موروثا وان كانت بدل الجزء ينبغي ان يقضى به في سنة الا ان يقال انها وان كانت بدل الجزء عنده فهي بدل النفس ايضا من حيث انه بدل الجزء يكون للام ومن حيث انه بدل النفس قلنا بوجوبها في ثلث سنين عملا باعتبارين وانما لم يعكس لان وجوبها على العاقلة دون الضارب يبتني على التحقيق وهو في اداء الى ثلث سنين ابلغ وقلنا نحن ان اعتبار جهتي الجزء والنفس بعكس هذا اولى لانه اوفق بما روي انه عليه السلام جعل الغرة على العاقلة في سنة قوله لانه بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل الجزء من حيث الاتصال بالام فان قلت فعلى هذا ينبغي ان لا تجب الغرة اصلا لان كونه نفسا يقتضي ان يكون الغرة لورثته كما هو مذهبنا وكونه جزءا يقتضي ان يكون للام كما هو مذهب مالك وانه فيعمل بهما الله فاختلاف الشيخ ولا يجبان عند اختلافه كما عرف فيما اذا قطع يد العبد خطاء فاعتقه مولاه ثم مات من ذلك قلت القياس يقتضي ان لا يجب الغرة الا ان اوجبناه بالنص بخلاف القياس قوله اذا كان ثلث الدية او اقل او اكثر من نصف العشر يجب في سنة هذا هو الصحيح وقوله اكثر بدون الواو وبدل من قوله اقل اي اذا كان ذلك الاقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة هذا وقع في بعض النسخ او اكثر وفي بعضها واكثر وكلاهما غير صحيح لانه لا يبقى بدلا ح كذا في الشرح وفي بعض الشروح والتقريب انما يتأتى اذا كان نصف العشر واجبا في سنة لان الغرة مقدرة بنصف العشر ولم يتعرض له قلنا بل تعرض له دلالة لان ثلث الدية واكثر من نصف العشر اقل من الثلث لما كان واجبا في سنة فلان يجب في سنة فلان يجب نصف العشر اولى قوله لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلث سنين لان الدية مقدرة بثلث سنين فلو اخذ من كل واحد من العاقلة ما يخصه في سنة واحدة لزم ان لا يتأجل الدية ثلث

سنبين في هذه الصورة وهو فلان ما ورد الشرع به **قوله** وان القت ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام
وغرة بالقائها وذكر في الكافي في جنايات الحج انه لو ضرب بطن ظبية فطرحت جنينا ثم ماتت يجب قيمتها
لان الضرب سبب حاصل صالح لموتها بخلاف من ضرب بطن امراة فالقت جنينا وماتت يجب ضمان
الاصل لا ضمان الجنين لان الجنين جزء من وجه ونفس من وجه وضمان العباد لم يتأسس على الاحتياط فلا
يجب بالشك وجزاء الصيد مبني على الاحتياط فرجحنا فيه شبه النفسية فاوجبنا جزاءها هذا لفظه وهو كما
المذكور هنا والله اعلم **قوله** فلا يجب الضمان بالشك فان قلت لا عبرة لهذا الشك لان الملقت قد حصل
بالضرب فظاهر وان حصل لمقت الام فكذلك لان موت الام سبب لموته والضمان يجب بالتسبب كما يجب
بالمباشرة واذا حصل المقصود لا يبالي باختلاف السبب فلا يكون الشك في السبب معتبرا اجيب بان ضمان
الغرة ثابت بالنص على خلاف القياس والنص ورد فيما اذا مات بضربة مباشرة وذلك انما يكون اذا القت
ميتا وهي حية ثم اذا ماتت الام ثم خرج الجنين ميتا فح يتداخل الشك في موته بالضرب الموجب لموت
ظاهر اله فلا بد فلم يخت النص فيبقى على اصل القياس وفيه نظر لان ضمان الجنين يجب بالتسبب ايضا فقد ذكر
في الذخيرة ان من اشترى جارية فحبلت منه ثم ضربت بطن نفسها متعمدة اسقاط الجنين او شربت ما يوجب
سقوط الولد او وضعت في ما يطرح به الولد وادخله في الرحم فسقط الجنين ميتا ثم استحقها رجل
بالبينة وقضى القاضي بالجارية والعقر للمستحق ان ام انك قيلت وعليها الدية وانه حر لانه
والد المغرور والجنين الحر مضمون بالغرة فان دفع ابيك او اقذفها بالغرة وانما شرط التعمد لانها لتسبب
لا تلاف بل هي مسببة الى قتله والتسبب انما يوجب الضمان اذا كان بوصف التعدي وعلى هذا الحرة اذا
فعلت ذلك بنفسها كان على قتلها الغرة ويشترط ان يكون متعمد هذا كلامه فعلم ان المباشرة و
التسبب في اتلاف الجنين سواء فالاظهر ان يقال انما لا يبالي باختلاف السبب اذا كان حكمها واحدا
اما اذا اختلفت فح يبالي به وحكم المباشرة والسبب مختلف لان حرمان الميراث ووجوب الكفارة
يتعلق بالمباشرة دون التسبب ويشترط التعدي في التسبب ثم ذكر في الحاشية قلت لا بد من
اضمار كانه قال في اتلاف الجنين والشك وقع في ذلك ثم لفظها ولا يقال الامانة
الجنين ليس شرط الوجوب الضمان الا ترى انها لو القت جنينا ظاهرا بعض خلقه ولم يتم يجب الغرة مع ان
الروح لم ينفخ فيه لان الامانة ان كان لا يشترط فاتلافه بالضرب واخراجه عن اوانه شرط البتة
اذا القته بعدها كانت يتداخل الشك في تلفه بالضرب لانه مقت الام ايضا سبب لتلفه
فلا يجب الضمان بالشك **قوله** وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان انثى فان قيل
فيه تفضيل الانثى على الذكر لان عشر قيمته اذا كان انثى اكثر من نصف عشر قيمته اذا كان ذكرا
وفي الديات يفضل الذكر على الانثى ولا يفضل الانثى على الذكر قلنا هذه تسوية في الحقيقة
والتسوية جائزة هنا بالاتفاق وهذا لان القيمة هنا كالدية ودية الانثى على النصف من دية الذكر
فصار العشر من هذا مثل نصف العشر من الذكر والتفضيل انما يجب عند تفاوت المالية كما وجب
وهذا

وهذا يكون في المنفصل لا في الاجنة لانه ما لكيته في الجنين وانما يجب ضمان الجنين باعتبار قطع النشو
والانثى في معنى النشو تساوي الذكر وربما يكون الانثى اسرع نشوا من الذكر وهذا هو تفضيل
الانثى على الذكر لو تصور كذا في الكافي وفيه بحث اما في السوال فلانه اراد بقوله لان عشر قيمته اذا كان
انثى اكثر من نصف عشر قيمته اذا كان ذكرا انه يحتمل ان يكون اكثر فهو صحيح ولكن الجواب لا يترتب عليه لظهور
ان تنصيف ديتها لا يوجب ان يكون قيمتها نصف قيمته حتى يكون العشر من قيمتها كنصف العشر من قيمته
بل جاز ان يكون قيمته اكثر وقيمتها اقل او بالعكس ولا يمكن قيمتها اذا كان اكثر وقيمته اقل ان يكون العشر
من الاكثر اكثر من نصف العشر من الاقل فيه تفضيل الانثى على الذكر وان اراد انه اكثر منه البتة فذلك غير مسلم
لانه انما يكون كذلك اذا كانت قيمتها نصف قيمته البتة وذلك غير لازم واما في الجواب فلظهور ان التسوية
معنى انما يلزم لو كانت قيمتها على النصف من قيمته وذا غير لازم فالظاهر ان يقال لما وجب الحاق القيمة
في الرقيق بالدية في الحر لزم في جنين الامة نصف عشر قيمته اذا كان ذكرا او عشر قيمته اذا كان انثى
كما يلزم في جنين الحرة نصف عشر ديته اذا كان ذكرا او عشر ديته اذا كان انثى الحاقا للقيمة بالدية ثم ما يلزم
من تفضيل الانثى في بعض الصور يلزم اتفاقا والممنوع هو التفضيل القصدي ويحتمل انه لما اوجبنا
في الذكر نصف عشر قيمته وفي الانثى نصف عشر قيمتها الزمنا في الرقيق ان يوجب في الذكر نصف
عشر قيمته وفي الانثى نصف عشر قيمتها اذ القيمة في الرقيق كالدية في الحر **قوله** ولنا انه بدل
نفسه لا ضمان الطرف لا نظر الى عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل
نفسه وقد يقال هذا مناقض لما ذكر اولا من انه بدل الجزء من حيث الاتصال بالام ولذا يتاخل
الى سنة لان البعض اذا كان اقل من ثلث الدية يجب في سنة ولو كان المعتبر في ضمان الجزء هو النقصان
لزم ان لا يكون بدل البعض الجزء اصلا لانه لا معتبر بالنقصان في الجنين فلا يصح التقريب الذي ذكره المصنف
في بدل مسألة التأجيل الى سنة **قوله** ولنا ان في الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس
المطلقة فلا يتعداها وقد يقال حرمان الميراث ايضا عقوبة وقد عرف في النفوس المطلقة فلا يتعداها الى
غيرها وقد مر ان قاتل الجنين يحرم ميراثه قال هو ما ذكره في الذخيرة حيث قال والكفارة على القاتل
لان قضية القياس ان لا يجب الكفارة والضمان لكن تركنا القياس في الاثبات الضمان ولا اثر في الكفارة
والمعنى ان الجنين اذا انفصل ميتا اعتبر نفسا على حدة في حق غيره من العباد وفي حق بعض الاحكام حتى يصير
الجارية ام ولده ويصير المراة نفساء وحل العقد للازواج وفي حق نفسه اعتبر عضوا من اعضاء الام حتى
لا يسمى ولا يرث وكذلك في حق الله تعالى اعتبر عضوا من اعضاء الام حتى لا يقام عليه صلوة الجنازة التي هي حق
الله تعالى والكفارة حقه تعالى والجنين في حق الكفارة كعضو من اعضائها هذا كلامه **باب**
ما يحدث بالرجل في الطريق **قوله** ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه اذا لم يمنعه اي عن الانتفاع فان قيست
فعلى هذا لا يجوز المنع اذا لم يضر المسلمين منفعة وقد ذكر في الكتاب ولكل احد عرض ان ينزعه مطلق
فجوابه انه ان كان متعينا فالمنع عن الانتفاع فهو لعبث في الخصومة الوضع او في الدفع واذا كان

ذلك لا يجبر العامة لان التدبير فيما يكون في حق العامة الى الامام ليسكن الفتنة والذي يصح بغير اذنه
يقتصر على راى الامام فيه فلكل واحد ان ينكر عليه ولم يكن هو في الانكار متعنتا لانه يبتاع في تسكين
الفتنة واى فائدة اعلى من هذا قوله لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل قلت ان كان يتعذر ذلك
حقيقة فهو ليس بمتعذر حكما لقيام مقام الكل فيكون اذنه كاذنهم ولهذا لو تصرف في النافذ باذن الامام
فليس لاحد ان يخاصمه وانما اجيب بان عوض كل واحد من الناس قد لا يتيسر المرافعة الى الامام فلم يشترط
ذلك تيسيرا او اراد بان المتصرف في غير النافذ اعتبر مباشر التملك باعتبار الافتيات على راى الامام فلو اعتبر
الوصول الى رائه غير ان لم يكن التصرف بلا اذنه اقتدارا على راى الامام ولم يكن ذلك حكما باعتبار
الافتيات فلا يكون الواحد منهم الخصم في نقض تصرفه فالجواب ان الوصول الى اذن الكل متعذر حقيقة
متيسر حكما بالرجوع الى اذن الامام فجعلنا للمتصرف ان ينتفع بما تصرف به نظرا الى جهة التعذر واعتبرنا
خصومة كل واحد في النقض عملا بجهة امكان الوصول الى اذن الكل باذن الامام قوله فجعل في حق ذلك
الواحد كانه هو المالك فان قلت فيجب ان لا يكون لواحد ان يخاصمه احيب بان غفل عن قوله متعذر شغل هواء
الطريق بناء فما من قوله في الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه الامام الكل فجعل كل واحد لانه هو
المالك ومن حكى لئلا ينعطل عليه طريق الانتفاع وجوابه ان التصرف المباح في الطريق العام متقيد بشرط السلامة
واسرع الجناية وان كان جائزا اذا لم يضر بالمارة فهو متقيد بشرط السلامة لانه لا يؤثر على التردد وانه
متقيد به فالاسرع ونحوه اولى فاذا لم يسلم به التنفيذ او العاقل كان تعديا اذ الاباحة المقيدة بشرط فائته عند عدمه
او نقول هذا التصرف مباح بذاته ولكنه حرام باعتبار انه يتضمن الافتيات على راى الامام وسياتيك
في كتاب الاشارة بحث الوجهين قوله يضمن النصف اعتبارا للاحوال اي لحال التي يضمن لو اعتبر
الطرف الذي في الجدار لا يضمن شيئا ولو اعتبر الطرف الآخر يضمن الكل فقلنا بضمان النصف والقياس
ان لا يضمن لانه وقع الشك في سبب الضمان وقلنا انه قتل بالميزاب لكننا لا نعلم باي طريق قتله
فيجعل كانه اصابه الطرفان كما لو جرح انسان وسبع ومات يضمن النصف ويجعل كانه مات من الجرحين
كذا في الكشف فان قلت لا حاجة الى تأويل الاحوال بالحالين لانا لو اعتبرنا التلف من اصابة الطرف
ع الخارج واصابة الداخل واصابة الطرفين فالجواب هكذا ان احد النصفين يجب في الحالتين اعني حالتي الاصابة
واصابة الخارج فقط ولا يجب في حالة وهي حالة اصابة الداخل وحالة اصابة الطرفين فيجب بالتنصيف
هذا النصف مع نصف النصف الآخر فيكون نصفا تاما قلت هذا الاعتبار غير مستقيم لما عرف ان احوال
الاصابة معتبر واحدة وان كان اكثر حتى قالوا في رجل له عبد وبعين ان ولايته ابنات فقال
احد هؤلاء ولدي ثم الكل يصلح ابنا له انه يعتق من الاول ... وربعه ومن الثالث ثلثه ومن
كل واحد من الآخرين ثلث ارباعه وذلك بناء على اعتبار ان احوال الاضافة واحدة والالزام
ان يعتق من الثالث نصفه لانه يعتق في الحالتين وهو ان يكون المراد هو ابوه ولا يعتق في الحالتين
وهو ان يراد احد الابنين هذا او ذاك ولكن لما كانت احوال الاصابة واحدة عتق ثلثه لا نصفه

في اعتبار الحالتين

ثم

نعم احوال الاصابة قد اعتبرت متعددة في رواية فيتم التوجيه الذي ذكرنا على رواية وجواب
مسئلة العتق على اعتبار احوال الاصابة متعددة خلاف ذلك وربما ذكروا جواب
المسئلة على هذه الرواية كما صرح عنه تصحيح الكافي ثم بنا الجواب على اعتبار الاحوال
الثلاثة اعني اصابة الداخل واصابة الخارج واصابة الطرف الاولى من بناه على اعتبار الحالين لتبين
اعني اصابة الداخل واصابة الخارج كما ذكر في الكافي اذ لا وجه للحالة الثالثة اعني اصابة
الطرفين قوله اعتبارا للاحوال لانه لا يمكن ترجيح احدهما على الآخر بخلاف ما اذا ماتت الام بالضربة
فالقت جنينا ميتا لا يجب شيء لانه يمكن الترجيح هنا لان الموت يوجد اثر الضرب فيضاف
اليه كذا في الكشف وفيه نظر لان ضمان الجنين في هذه الصورة انما يجب باعتبار وقوع الشك في
ن السبب على ما في الكشف ولو كان موت الجنين مضافا الى موت الام لكان ينبغي ان يجب الضمان
على الضارب انه صار سبب القتل وضمان الجنين كما يجب بالمباشرة يجب بالتسبب ايضا ما حققناه و
ايضا الضرب مباشرة والموت بسبب المباشرة راجح فامكن ترجيح الضرب فالاوجه ان يقال
ان الجمع بين النسبين انما يصح اذا كان حكمهما متحدا وفي مسئلة الجنين حكم الضرب والموت يختلف على ما ذكرنا
من اختلاف حكمي المباشرة والتسبب فلا جرم لم يجمع بينهما اما هنا فالكل تسبب فامكن الجمع فيجمع قوله
ولو استاجر رب الدار العملة الخ قال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال صاحب الدار للاجراء ابنوا جناحا
لي على فناء داري فانه ملكي او لي حق الاشراع من القديم ولم يعلم العمال خلاف ما قال ثم سقط فاصاب
شيئا فالضمان على الاجراء فيرجعون به على الآمر قياسا واستحسانا سواء سقط في فراغ العمل او بعده لان
الضمان وجب على العامل بامره فكان له ان يرجع عليه كما لو استاجر غيره ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة
يضمن الذابح ويرجع به على الآمر وان قال اشرعوا على فناء داري ولم يخبرهم انه ليس له حق الاشراع في القديم ولا
حتى بنوا بامره وسقط فاتلف شيئا ان سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الاجراء ولم يرجعوا
به على الآمر قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ فكذلك على جواب القياس وفي الاستحسان يكون
الضمان على الآمر كذا في الشرح فهذا يشعر بان ما ذكر في الكتاب من التفصيل واختلاف الجواب فيما اذا سقط
قبل الفراغ او بعده فذلك اذا لم يقل المستاجر انه ملكي او لي فيه حق الاشراع ولكن التعليل الذي اشار
اليه المصنف رح بقوله لان التلف بفعلهم الخ يدل على ان الجواب لا يختلف سواء قال انه ملكي او لم يقل لانه
رتب وجوب الضمان على انقلاب فعلهم قتلا وكون القتل غير داخل في العقد فاذا كان قولهم قتلا لم يكن
داخلا تحت الامر سواء قال انه ملكي او لي حق الاشراع او لم يقل فاذا لم يدخل تحت الامر لا يضمن الآمر به
قوله يزلق به زلقت رجله يزلق زلقا اي زلت قوله اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على
راى الامام او مباح يتقيد بشرط السلامة قلت النكتة الاولى منظور فيها لما انه لما تعذر الوصول
الى اذن الكل جعل في حق كل واحد كانه المالك وحده حكما كيلا ينعطل عليه الانتفاع هذا لفظ الكتاب فانه
يصرح بان هذا التصرف في نفسه جائز وان كل واحد كانه هو المالك وحده ولا يكون متعديا بالنظر الى انه

تصرف في حق الغير قوله فكان الامر بالحق في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فان قلت لا عبرة بالظاهر مع
التيقن بخلافه سلمنا انه لا تيقن باعتبار احتمال ان يكون كاذبا في قوله لا حق لي فيه ولكن لا اقل من
ان يكون ظاهرا في الصدق فيكون هذا معارضا بظاهر اخر الا ان يقال لما تعارضا تساقطا وصار
كانه استاجرهم ولم يقل شيئا قوله والاولى ان لا يضبط بحفظ ما يلبس فيحرج بالتقييد عما ذكرنا ان لو قطع
السلامة مشكل لما في اخر فصل قطع يد رجل ان استيفاء القصاص في الطرف مقيد بوصف السلامة حتى
لو مات من اقتص منه فيما دون النفس بسراية الجراحة اليه يضمن المستوفي عند ابي حنيفة رح وعلله في الكتاب
بان استيفاء القصاص مباح فيتقيد بشرط السلامة فيما لا يمكنه الاحتراز عن التلف لان بتقييد فيما امكن ولكن
يتحرج فيه اشارة اولى وجوابه مسببا تلك قوله لان كل واحد منهما مسبب الا انه غير متعد والمستاجر
متعد فيرجح جانبه فقد تقال السبب لا يوجب الضمان الا بالتعدي فما كان من التسبب بلا تعد فلا يكون
موجبا فلا تعارض للتسبب المقرون بالتعدي والترجيح يستدعي سبق المعارضة ولا معارضة هنا فلا ترجيح
قوله ولا عرف ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالذي الكافر فهذا
نظير المندوب كذا في الحاشية قلت ذكر المصنف رح قبيل فصل الشهادة في القتال ان الواجبات
لا تتقيد بالسلامة ومثله بالرمي الى الكافر حيث قال والواجبات غير مقيدة بشرط السلامة وما ذكر
هنا يدل على انه مندوب مقيد بوصف السلامة ففي التوفيق نوع صعوبة قوله
واذا امتنع صار متعديا فان قلت اذا وضع خشبة في الطريق ثم باعه وبرئ اليه منها فتلف
به فضمانه على البائع دون المشتري وعلى ما ذكر ههنا من وجه الاتحاد يقتضي ان يضمن المشتري ايضا
اذا طولب برفعها فلم يرفعها حتى تلف به شيء او انسان اجيب بان المشتري وان صار متعديا
بالامتناع عن رفعها بعد ما طولب كغاصب الحائط لكن التعدي من البائع بالوضع اظهر من التعدي
من المشتري بالامتناع عن الرفع فيضاف الضمان الى الراجح قوله ولانا لو لم نوجب عليه الضمان لامتنع عن
التفريغ وقد يتأتى الكشف بمنعه عنه وانه يجبر عليه ويحبس به لانه امتناع عن ايفاء حق مستحق
فكل من امتنع عن مثله يحبس حتى يوفي كالغاصب اذا امتنع عن التسليم فالظاهر انه لا يمتنع
حذرا عن الحبس فيتنفع عن الضرر العام قوله ولو عطب بجرة كانت على الحائط اي اذا وضع
الرجل على الحائط شيئا فوقع ذلك الشيء فاصاب انسانا فلا ضمان عليه لانه وضع على
ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدث في ملكه سواء كان الحائط مائلا او غير مائل لانه في الموضعين
لا يكون في موضع منتفع على ملكه كذا في المبسوط ولكن في رواية المبسوط ذكر سقوط الجرة
وحدها وفي رواية الكتاب ذكر سقوط الحائط مع سقوط الجرة كذا في الشرح قوله ظن
الشارح ان رواية الكتاب تخالف رواية المبسوط وليس الامر كذلك لان في المبسوط
وضع المسئلة فيما اذا اتلف بوقع الشيء الموضوع على الحائط وفي الكتاب وضع المسئلة
فيما اذا عطب بالجرة الواقعة في الطريق كما يشعر به تعليله بقوله لان التفريغ اليه اي تفريغ

السلامة لا يوجب الضمان الا بالمرور

من التوفيق نوع صعوبة

الطريق

الطريق وازالته عنه مفوض اليه قوله فعليه اي فعلى كل واحد من البئر وباني الحائط كذا في الشرح والله
اعلم قلت لا حاجة الى التاويل بل يكل واحد لصحة افراد الضمير في مثل هذا باب جناية البهيمة
والجناية عليها قوله لما اوطيت والصحيح وطئت وفي الهداية انك لا تقول اوطأت فلان الدابة فوطئت
اي الفت ايا حتى وقع عليه رجلها قوله او خبطت تقول خبط البعير الارض اي ضربها بخفه كذا في
الجوهري وفي الشرح الضرب باليد والصدم هو ان يضرب الشيء بجسده قوله ولا يتقيد فيما لا يمكن التحرز عنه
الخ قلت هذا يشكل على مذهب ابي حنيفة رح وعلله بان استيفاء القصاص من باب فيما اذا استوفى
من له القصاص في الطرف ثم سرى الى النفس ومات يضمن به النفس عند ابي حنيفة رح وعلله بان استيفاء
القصاص من باب الاباحة والمباحات تتقيد بوصف السلامة اذا امكن التحرز عنه على ما صرح به ههنا ولا يخفى
ان التحرز عن السراية في استيفاء القصاص غير ممكن فكان في التقييد به سد باب الاستيفاء وهو مفتوح فينبغي
ان لا يتقيد ههنا كما ايضا الا ان يقال ان المباح ان كان من ضرورات الانسان كالمرور
في الطريق يتقيد بشرط السلامة اذا امكنه الاحتراز عنه اما اذا لم يكن من ضرورات الانسان كاستيفاء
القصاص فانه مباح ليس من ضروراتنا بل نحن مامورون بالعفو عنه ندبا يتقيد مثله بوصف
السلامة سواء امكننا الاحتراز عنه او لم يمكن لان التقييد حينئذ لا يفضي الى الحرج بخلاف القسم الاول
حيث يفضي الى سد الباب ما هو الا اوج على تقدير تقييده بالسلامة مع عدم امكان الاحتراز عنه
فشرط امكانه رفعا للحرج قوله وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره اي انتقال الفعل الى الحائل
بحيث يكون الحمول الة والحائل مباشرا انما يكون بالتخويف بالقتل لا بالضرب وهذا التخويف بالضرب فلا
ينتقل الفعل اليه بحيث يكون مباشرا للاتلاف حتى يضمن مطلقا تعدى او لم يتعد امكنه التحرز عنه او لم يمكنه
كما ذهب اليه الشافعي رح وبهذا المعنى يسقط ما ذكر في الحاشية من انه ينبغي على هذا ان لا يضمن الراكب
والسائق ولا القائد شيئا لانه لم ينتقل اليهم فعل الدابة والتلف لم يوجد بفعلهم حقيقة فسقط
الضمان اصلا وكذا اذا ارسل بهيمة وقد كان لها سائق فاصابت في فورها لان الفعل انتقل
اليه بواسطة السوق مع ان التخويف بالقتل لم يوجد ههنا لفظها ووجه السقوط على ما ذكرنا من
المعنى ظاهر لان المراد انتقال الفعل بحيث يكون الحائل مباشرا على ما قاله الخصم لا الانتقال بحكم التسبب
حتى يرد مسئلة ارسال البهيمة وغيرها لان الانتقال ثمه من حيث التسبب لا من حيث جعل الحائل
مباشرا والحمول الة قوله فيجعل لان فعله مباح في نفسه فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان وقد يقال
سلمنا انه لا يصلح مستندا للاضافة في الضمان ويصلح لقطعه عن غيره كفعل البهيمة فانه لا يصلح للاضافة ولكنه
يصلح للقطع حتى لو فتح باب القفص وطار الطير لا يضمن الفاتح فاعتبر فعل الطائر قاطعا للضمان عن الفاتح
وله غير نظير قوله فرجحنا بما ذكرنا فان قلت ما يصلح علة لا يصلح مرجحا قلت القياس لا يصلح علة في مقابلة
ضبط النص فيصلح كذا في الشرح فان قلت هذا مبني على ما نقل عن بعض مشايخنا رحمهم الله ان النصين المتعارضين
ان كان لا يترجح احدهما بنص اخر ولكنه يترجح بالقياس لان القياس غير معتبر في مقابلة النص فكان بمنزلة

الوصف للنص الذي يوافقه فصلح مرجحا ولكن الاصح انه لا يترجح لان القياس من جنسها يصلح
بطريق الاصالة وان لم يكن حجة في هذا الموضع فالوجه ان يقال ان المراد بقولنا
رجحنا هو ترجيح قولنا على قوله كما ذكر في الشرح لا ترجيح هذه الرواية التي ذكره
هو المذكور في الشامل قوله فيأخذه ورثته المقتول فان قلت ينبغي ان يسقط
عن العاقلة لان الدية اولا تثبت للميت حتى تقضى بها ديونه حتى تنفذ وتنفذ منها وصايا باه
والورثة يخلفونه والعاقلة يتحملون عنه موجب جنايته فلما ملك الميت ما يحمله العاقلة يسقط عنهم
كما قلت في المراة اذا قطعت يد رجل خطا ثم تزوجها على اليد وما يحدث منه يصير الدية مهرا او
يسقط عن العاقلة قلت انما يسقط عنهم اذا كان الراجع هو الجاني كما في مسئلة المراة اما ههنا فالراجع ج
على العاقلة ورثة الجاني فبالنظر الى ان المستحق هو الجاني يسقط وبالنظر الى الراجع عليه غيره لا يسقط
فلا يسقط بالشك كذا في الشامل قلت قوله انما يسقط اذا الراجع عليهم هو الجاني منقوض بما اذا وجد
الرجل مقتولا في دار نفسه حتى يجب الدية على عاقلة ورثته لورثته فالراجع هو الورثة وهم جناة لانهم قتلوه
تقديرا والعاقلة يتحملون عنهم وهم يرجعون عليهم فعلموا انه لا اعتبار للراجع انما هو الاعتبار للمستحق وهو
المقتول لانه المستحق والمالك والورثة انما يرجعون على العاقلة نيابة منه فكان هو الراجع في الحقيقة
فيشكل فيما نحن فيه بان المستحق هو الميت والعاقلة يتحملون عنه فمن الحال ان يرجع هو عليهم
بموجب جنايته فالاوضح ان يقال في الفرق بين المسئلتين الزوج وهذه المسئلة ان الدين
يملك باضافة النكاح اليه فلما اضيف الى ما تحملته العاقلة تحمله موجب جنايتها لاجلها وذا لا يجوز فاما ههنا
فالميت لا يملك في ذمتهم حتى يلزم تحمل موجب جنايته لاجله بل هو مملوك مولى العبد الا ان حق الميت
تعلق به بحيث لا يصح للمولى استيفاؤه لنفسه وذلك ان العبد الجاني يدخل في ملك المجني عليه
بمجرد الجناية ما لم يدفع اليه ولكن يتعلق به حق المجني عليه فكذا بدله لا يدخل في ملكه بل يتعلق به حقه
فاذا لم يملكه لا يلزم تحمل موجب الجناية لاجل الجاني لانهم يتحملون وذلك لا يوجب السقوط عنهم بخلاف مسئلة
المراة انها تملك بالنكاح عين ما يتحملون عنها فيصير التحمل في الاخرة لها وذلك يبطل فيسقط ضرورة فان قلت
كان المراة الجانية تملك بالنكاح ما تحملت العاقلة عنها كذلك ورثة الميت فيما اذا وجد الرجل مقتولا في
دار نفسه تملك ما تحملت العاقلة عنهم لكونهم قتلة تقديرا فينبغي ان يسقط عن العاقلة كما سقط في مسئلة
النكاح اجيب بان التركة قبل القسمة في حكم الميت حتى يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فلا يدخل في ملك
الجاني من كل وجه حتى يسقط عنهم كيف ما لو سقط باعتبار ان الملك في الحقيقة للورثة يتضرر به الميت
كثير ضرره لان الورثة انما يملكون نيابة عن المورث فكان المالك في الحقيقة هو الميت بخلاف المراة فانها
تملك بالنكاح عين ما تحملت العاقلة اصالة لا نيابة ورثما يثبت الشيء نيابة ولا يثبت اصالة الا ترى ان
من باع عبد غيره ثم برهن في حيوة رب العبد على اقرار المشتري انه لم يامره بالبيع فانه لا يقبل بينته لانه متناقض
الا لو مات رب العبد وورثه البائع ثم برهن على اقرار المشتري بذلك يقبل لانه في حيوة المورث لو قبلت بينته على

هذا

هذا الوجه فانه يقبل من حيث انه اصل ومن حيث هو اصل هو متناقض وبعد الموت انما يقبل من حيث
انه نائب عن الميت والميت لو ادعى بنفسه لا يكون متناقضا فكذا النائبة كذا في الكافي قوله لانه
هو الذي اوقعهم في هذه العهدة فيصير مغرورا من جهته والمغرور يرجع على الغار ولا يقال بان الغرور انما
يوجب الضمان اذا كان في ضمن عقد المعاوضة والغرور ههنا ليس في ضمنه لان عقد المعاوضة انما يشترط
لوجوب الضمان بالغرور اذا لم يكن المغرور عاملا للغار اما اذا كان عاملا له فيرجع وان لم يكن هناك عقد معاوضة فة
الا ترى ان المودع يرجع على المودع بما يلحقه من الضمان مع ان الوديعة ليست بعقد معاوضة
وكذا المرتهن يرجع على الراهن بالعهدة التي يلحقه والرهن ليست بعقد معاوضة بل عقد تبرع
على ما عرف وفيما نحن فيه الغار عامل للرابط لانه مامور بالعقود من جهة الرابط دلالة ولهذا لا يرجع
فيما اذا لم يكن مامورا بالربط حالة الوقوف لانه غير آمر في هذه الصورة بالعقد لا صريحا و
لا دلالة ثم ههنا بحث وذلك ان الدلالة لا يعمل عمل الصريح في حق الرجوع الا ترى ان المولى لو رأى عبده
يتجر فسكت يصير العبد ماذونا ولو ظهر ان العبد كان حرا او استحقه مستحق لم يرجع الغرماء على المولى اما لو
قال هذا عبدي اذنت له في التجارة فبايعوه ثم ظهر انه كان حرا او عبد الغير يرجع الغرماء على المولى
لان الاذن بالمبايعة مصرح به ههنا وفي الوجه الاول سكوت عنه فظهر ان الدلالة لا يعمل عمل الصريح في حق
الرجوع وجوابه ظاهر وذلك ان الرجوع على المولى عند ظهور العبد حرا او مستحقا لغيره ليس باعتبار الاذن
حتى يرجع عليه الغرماء متى وجد الاذن منه بل باعتبار الكاسب بقوله هذا عبدي والتغرير لا يثبت عند الاذن
بسكوته عند معاينة التصرف منه فلا يثبت الرجوع المبني عليه ايضا قوله لان الراكب مباشر فيما
وقع من الدابة والسائق متسبب قيل مقتضاه ان يكون الضمان على الراكب وحده فيما اذا اوطا الدابة فهما وطاه به مسبب فان قيل يشكل
لما ذكر في الكافي ان اوطا به الدابة على السائق والراكب يضمنان فلو كان الراكب مباشرا
فيما اذا اوطا به الدابة والسائق مسببا وجب ان يكون الضمان على الراكب دون السائق لان
لا عبرة بالتسبب مع وجود المباشرة وجوابه ان الراكب ليس له شبهة المباشرة والشبهة الكاملة
تكفي لايجاب الكفارة التي غلب فيها معنى العبادة وليست بمعتبرة في وجوب الضمان فصارت
الشبهة في وجوب الضمان كالعدم فبقي كل منهما مسببا فيجب الضمان عليهما على انه قد قيل ان الضمان
على الراكب دون السائق قلنا لا نمنع قوله لان الربط من العقود بمنزلة التسبيب من المباشرة لا تصال
التلف بالعقود دون الربط ولا شك ان المباشرة اقوى في اضافة الحكم اليه وبهذا لا يشكل ما ذكره شارح الذخيرة
ان المسبب والمباشر انما يضمنان اذا كان التسبب شيئا لا يعمل مع الاتلاف حتى انفرد عن المباشرة اما اذا كان
شيئا يعمل فيه عند الانفراد فيضمن مع المباشر كالسائق مع الراكب فانهما يضمنان ما اوطئت الدابة في الصحيح
ولا يخفى ان الربط ههنا ربما يعمل في الاتلاف مع عدم القود قوله لان الفعل ينتقل اليه بواسطة السوق
فان قلت قد مر ان انتقال الفعل يتحقق في الفعل لا يتحقق في الحرز قلنا قد مر جوابه فلا نعيده قوله ولانه انما يمكن العمل بها
اربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فذات اعين اربع فيجب الربع لفوات احدها قال الشارح رحمه الله المعتمد

التعليل الاول الا بري ان العينين لا يضمنان بنصف القيمة كذا ذكره الامام فخر الاسلام رح انما قال العينان
لا يضمنان لانه ذكر الامام التمرتاشي رح بقوله لو فقأ الاخرى او فقأهما يجب القيمة ان يسلم الجثة وفي جامع
بكر فقأ عيني الدابة فصاحبها بالخيار وان شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة وان شاء امسكها و
ضمنها النقصان وهذا لان المعقول في هذا الباب النص والنص ورد في عين واحدة فيقتصر عليه الى ههنا
لفظه قلت انه ان كانت ذات اعين اربع في الحكم فهو في الحقيقة ذات اثنتين فعلمنا باعتبار الحكم والحقيقة
جميعا فعلمنا بانه اذا فقأ احدى عينيه يجب الربع اعتبارا بالحكم واذا فقأ كلتا عينيه يجب القيمة
ان سلم الجثة والنقصان ان امسكها كما هو الحكم في عيني المملوك عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وههنا
لانا لو اوجبنا نصف القيمة بفقء عينيه وعندك علم بان ضمان العينين معدا لضمان الكل يوجب تملكه
في محل يقبل التملك كما في ضمان عيني المملوك لزم ان يملك الجثة بتمامها عند اداء نصف الضمان فهو
غير معهود في الشرع لما فيه من فوت المساواة المطلوبة في ضمان العدوان فاضطررنا الى اعتبار الحقيقة
في حق العينين فيتبع اعتبار الحكم في حق احديهما فاوجبنا نصف القيمة في احدى العينين وكلها في فقء
كلها وهذا هو المقصود قوله ومن سار على دابة في الطريق الى قوله كان ذلك على الناخس دون الراكب
فان قيل القياس يقتضي ان ينقلب الحكم وهو ان يجب على الراكب دون الناخس لان الراكب
مباشر والناخس مسبب قيل جوابه مندرج في تعليله بقوله لان الراكب والمركب مدفوعان بدفع
الناخس وتقريره ان الراكب وان كان مباشرا الا انه غير مختار ان الدية هي التي وثبت
فصار فعل الراكب منقولا الى الدابة والمباشر اذا كان مضطرا في المباشرة لا يعتبر مباشرة كما في الاكراه
الكامل كذا في الشرح قلت هذا السؤال والجواب وقع في غير موقعه اذ الراكب انما يكون
مباشرا فيما وطئت الدابة لا فيما نفحت او ضربت بيدها او نفرت فصدمت فانما هو من التسبب
كالناخس والمص رح فرض المسألة في النفح والضرب باليد والصدمة لا في الوطء فلا يتوجه على هذا الاشكال
الا ان يقال حكم الكل عاما سهو او حذف معطوف في يتوجه الاشكال او يقال المراد بقوله الشارح الى قوله كان
ذلك على الناخس دون الراكب في يتوجه الاشكال او يقال المراد بقول الشارح رح على مسئلة وطء الدابة
المذكورة اولا قوله ولان الناخس متعد في التسبب والراكب غير متعد وهذا التعليل لا يطرد فيما
اذا كان الراكب مباشرا كما في صورة وطء الدابة رجلا اذ التعدي لا يشترط في المباشرة فكانت المباشرة
اقوى من التسبب بالتعدي فلا يستقيم ترجيح الضارب المسبب على الراكب المباشر قوله حتى اذا كان واقفا
دابة على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد بالاتفاق ايضا قوله هذا على
التعليل الثاني مستقيم اما على الاول فيجب ان يلزم الضمان على الراكب وان كان متعديا بالاتفاق لان الراكب
مع المركب لما كان مدفوعا بدفع الناخس كان فعل الدابة مضافا اليه وكان الراكب خارجا من البين
لانه واسطة الاتلاف فصار كالجماد فينبغي ان لا يجب الضمان بمقتضى التعليل الاول بحال وانما قدر
انه لا يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء بطريق الشركة لان الربط من القائد بمنزلة

متعلق بالناخس

من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط ولا يخفى ان الراكب عند الانخاس من الناخس كالرابط من القائد
وثم يجب الضمان على القائد لقوته واتصال التلف وان كان مرجع على الرابط لانه هو الذي اوقعه فيه فكذا ههنا
ينبغي ان يضمن الناخس وكذا لا مرجع الراكب لم يوقع فيه قوله وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه انه لم يامر
بالالطاء والنخس منفصل عنه يضمن عاقلة القائد ما اوطأت الدابة ثم يرجعون على عاقلة الرابط مع ان الرابط
امر بالقود دون الايطاء والقود منفصل عنه ووجه الفرق لان الرابط وان كان امرا ولكن امره على وجه لا يمكنه
التحفظ من الايطاء حيث لم يعلمه بالربط فكان مغرورا من جهته فرجع عليه دفعا للغرور حتى لو علم القائد بالربط
لا يرجع عاقلته على عاقلة الرابط لعدم الغرور اما ههنا فالراكب امر بالنخس على وجه يمكنه التحفظ
من الايطاء فاذا وطئت الدابة بالنخس وقع فعله ابتداء لا في فيضمن ثم لا يرجع على الامر لانه في الايطاء
ليس بعامل لان الامر حيث لم يامره به وليس هو مغرورا فيه ايضا لتمكنه من التحفظ فلا يرجع عليه او نقول
انما لا يمكنه الاحتراز عنه فهو يدخل تحت الامر كالنفحة فانه يدخل تحت الامر لعدم امكان الاحتراز عنه لو امر
بالنخس فيحق لا نص الناخس والايطاء في مسئلة الربط ايضا مما لا يمكنه الاحتراز عنه في حق الرابط
من حيث انه لم يعلم به فدخل تحت الامر فرجع عليه بما لحقه من العهدة بخلاف الايطاء في مسئلة
النخس فانه يمكنه الاحتراز عنه فافترق قوله وصار كما اذا امر صبيا الخ وقد يقال
هذه المسئلة ليست بنظير للمتنازع فيها لان الامر في هذه المسئلة غير صحيح لعدم الولاية
على الصبي والغلام ولانه ليس اهلا للالتزام فصار امره بكرها وعدمه بمنزلة بخلاف امر الناخس
فانه صحيح لانه من اهل الالتزام فافترقا قوله والضمان في رقبته اي الضمان على رقبته
دفعا وهذا قوله وان كان صبيا ففي ماله يحتمل ان يراد اذا كان [illegible] الجناية في المال او فيما
دون ارش الموضحة فقد ذكر في شرح المبسوط ان كان الناخس صبيا فهو كالرجل في ان ضمان الدية
على العاقلة لانه يؤخذ بافعاله وهكذا اورد خواهر زاده رحمه في المبسوط والظاهر انه لا حاجة الى
التاويل لما عرف ان الضمان في الحقيقة يجب على الجاني غير ان العواقل يتحمل عنه لئلا يؤدي اجحافه
فهو ان يقال اعتبار الحقيقة لان الناخس اذا كان صبيا فالضمان في ماله كما وقع في المبسوط في
مسئلة القائد والرابط من قوله ضمن القائد ثم يرجع على الذي ربط فقد اعتبر وجوب الضمان على القائد
وهو واجب على عاقلته واعتبر الرجوع على الرابط وهو على عاقلته فظهر ان الضمان فيما اذا وجب
على عاقلته صح هناك اضافة الوجوب الى الجاني في ماله نظرا الى حقيقة الامر هذا وقد يصح قوله في ماله بحذف
المضاف من الضمير في مال عاقلته ثم قوله في ماله اسهل من قوله على عاقلته لانه لا يعم جناية المال وما
دون ارش الموضحة بخلاف قوله في ماله لان الجناية فيما يجب على الجاني في ماله غير ان النفس وما فوق
الموضحة يتحملها العاقلة عنه والمال وما دون ارش الموضحة لا يتحمله فكان اولى باب جناية المملوك
الاصل ان جناية المملوك وان كثرت توجب الا دفعا واحدا اذا كان محلا للدفع وان محلا للدفع لا توجب
الا قيمة واحدة كذا في الكافي وسيعقل هذا الكل على اذا غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى

جناية المملوك

بخلاف ما اذا جنى عنده جناية او فى فعلى المولى قيمته بين ولى الجنايتين نصفين لانه بالتدبير السابق منع الارقبة واحدة
فلم يجب عليه الا قيمة واحدة فيكون بينهما نصفين لاستوائهما ورجع المولى بعدما ادى قيمة العبد اليهما
بنصف قيمته على الغاصب لان نصف القيمة استحق عليه بسبب كان عند الغاصب فيجب على
الغاصب وباله ويدفعها الى ولى الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب مرة اخرى عند ابى حنيفة
وابى يوسف رحمهما الله تعالى لان حق ولى الجناية الاولى فى كل القيمة لان حين جنى لا يزاحمه احد فانعقدت
الجناية موجبة استحقاق الكل انما النقصان بعارض مزاحمة الكل والثانى فما وجد شيئا من القيمة
تم فارغا فى يد المولى اخذه حتى يكامل حقه لانه مقدم على المولى واذا اخذه يرجع المولى بما اخذه
على الغاصب انه استحق من يده بسبب كان على الغاصب وكذا اذا كان المغصوب قنا
فى المسئلة بحالها الا انه يجب دفع الثمن الى ولى الجنايتين ثم يرجع بنصف قيمته على الغاصب
ويدفعه الى ولى الجناية الاولى ثم رجع على الغاصب مرة اخرى بنصف القيمة ففى هذه المسئلة
يجب على المولى قيمة ونصف قيمة فينتقض به عموم قوله وان لم يكن محلا للدفع لا يوجب الا قيمة
واحدة وكذا ينتقض بمسئلة الثمن قوله جناية المملوك لا يوجب الا دفعا واحدا حيث يجب
مع الدفع نصف قيمة الثمن الى ولى الجناية الاولى ثم قوله وان لم يكن محلا للبيع لا يوجب الا قيمة واحدة ليس
كما ينبغى لما سيأتيك ان الواجب عند تعذر الدفع اقل الامرين من القيمة والارش اما القيمة
تخفيفا فلا مكان ان الواجب ان يقال لا يوجب الا اقل من الامرين بالقيمة من الدية قوله وقال الشافعى
جناية فى رقبته اى موجب جنايته وهو الدية واجبة على العبد يباع فيه قبل العتق ويوجد منه بعد العتق كالعبد
المديون الذى يظهر دينه فى حق المولى فانه يباع فى الدين ويوخذ منه الدين بعد عتقه وقال الاصل
ان موجب جناية العبد خطاء عندنا على المولى وهذا الدفع او الفدا يختار ايهما شاء وعنده موجب
جناية الدية الواجبة على العبد يباع فيه ما دام رقيقا يوجد منه اذا عتق قوله لان العقل اى يوجب
العقل اى الدية على غير الجانى بالنوابة اى النوابة المؤكدة بالولاية وهذه المواسية فائتة للعبد اما
مع فلا يبقى النوابة اذ لا قرابة بينهما من حيث انه مولاه وعبده والمانع غيره فلا يبقى الولاية هذا
الطريق هو الصحيح فى توجيه تعليل الشافعى وهو لفظ الكتاب لا يخلو عن بحث قوله ان يتباعد
عن الجانى قلت نعم ولكن يتباعد الجانى بحيث لا يوخذ الجانى اصلا بل يؤاخذ من وجب عليه موجب
الجناية حتى يوخذ بما يخصه من الدم عند الانتقام وهنا لا يوخذ العبد اصلا ويكون كل الموجب
على المولى ولا يوخذ العبد بشىء وهذا العبد باطل فى جناية الخطاء قلت ان التباعد عن الجانى
ليس الا الاحتراز عن اجحافه والاجتناب عن اجحاف الشخص على وجه يوجب اجحاف غيره وفى
ايجاب موجب جناية العبد على مولاه اجحاف المولى على ما لا يخفى والجواب عن الاول ان الدية انما
يتقسم على الجانى وغيره من عاقلته اذا كان قادرا على اداء ما يخصه اما العاجز فلا يوخذ منه كالزم وغيره
من العاقلة والعبد عاجز ليس له اهلية الملك حتى لا يجب عليه الكفارات المالية فكذا حصة الدية لا تجب عليه

وعن الثانى

وعن الثانى ان اجحاف المولى انما يلزم اذا اوجبنا عليه الدية حتما وليس الامر كذلك بل هو مخير بين الدفع والفدا
بالارش والاجحاف عليه بدفعه والله اعلم قوله والمولى عاقلته فقد يقال سلمنا انه عاقلته ولكن العاقلة لا تعقل
العبد لقوله عم لا يعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وجوابه ان
قوله ولا عبدا يحتمل ان يكون معناه عاقلة العبد لا يودى موجب جنايته وان يكون معناه ان عاقلة الشخص
لا يودى ما وجب عليه بجناية على عبد هو قيمته فيكون محتملا فلا يتناول ما ادعيناه من وجوب
موجب جناية العبد على عاقلته التى هو مولاه قوله بخلاف الذمى لانهم لا يتعاقلون
فيما بينهم قد يقال المص رح فيما سيأتى بان الكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلف لان الكفر
ملة واحدة قالوا هذا اذا لم يكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة ينبغى ان لا
يعقل هذا الغلط فعلى ما ذكر هنا يحمل على ما اذا كانت المعاداة بينهم ظاهرة وقيل معناه لا يؤدون
التعاقل ولكنه ضعيف وسيأتيك وجهه قوله غير ان الموجب الاصلى هو الدفع فى الصحيح وقد
يشكل بان المولى انما يوخذ بموجب جناية العبد باعتبار انه عاقلته اذ العبد يستنصر به على ما مر
من قبل والعاقلة انما يتحمل لا يتحمل الا الارش فيكون هو الواجب الاصلى غير ان للمولى ان يحول الحق
الى البلاء بسبب ملكه فله ان التخلص عنه بنقل ملكه فيه الى المجنى عليه فادفعه بالجناية ولهذا من جعل
الموجب الاصلى هو الدفع لا يجعل المولى عاقلته فقد ذكر فى الكافى ان بعض مشايخنا ذكروا ان الموجب الاصلى
هو الارش ثم قال والرواية بخلاف هذا فى غير موضع وقد نص محمد رحمه ان الواجب الاصلى هو العبد
ولان المولى ليس بجان ولا عاقلة للعبد لان ولاية النوابة منقطعة بالرق والمولى انما اشتراه ليواليه
ويعاقل عنه بل يستخدمه هذا لفظه نقله الشارح فمن جعل المولى عاقلة للعبد وجعل الموجب الاصلى هو
الدفع دون الفداء بالارش كما فعل المص رحمه فمذهبه مشكل ثم قوله فى الصحيح احتراز عن
رواية اخرى ذكرها الامام التمرتاشى والصحيح ان الاصل هو الدية والارش لكن للمولى ان يدفع هذا
الواجب بدفع الجانى ويرد عليه ان الفداء يجب حالا فلو كان هو الموجب الاصلى لوجب مؤجلا
ان تأجيل الارش غير معهود وجوابه ان الفداء جعل فى الشرع بدلا عن العبد ولهذا يسمى فداء فيأخذ حكمه
والتأجيل فى العبد باطل وكذا فى بدله ولا بعد ان يكون الشىء بدلا فكان هو الموجب الاصلى للكتابة فى الغصب
اذ الواجب الاصلى فيه هو القيمة عند الكرخى مع انها تجب بدلا عن المغصوب بالاتفاق ثم نقض المص بل
بل على ان الموجب الاصلى هو الفداء وسننبهك عليه ان شاء الله تعالى قوله ولهذا يسقط الموجب بموت العبد
فان قيل هذا لا يصلح ابتداء فانه اذا اتلف العبد مال انسان ثم مات يطالب المولى بضمانه مع ان فى اتلاف
المال لم يشرع الدفع قلت فى اتلاف المال الدفع حاصل ايضا لان الغرماء هم الذين يتلون بيع العبد فكان العبد
مدفوعا اليهم كذا فى الشرح قلت فى اتلاف المال الضمان انما يكون على العبد دون المولى لان المولى عاقلته
والعاقلة يعقل النفس دون المال فيسقط بموت العبد ضرورة لانه مديون مات مفلسا
اما الواجب فى اتلاف النفس من الدفع او الفداء فعلى المولى ولو كان الموجب الاصلى فى النفس

الموجب الاصلي الدفع دون الفدا

هو الفداء لما سقط بموت العبد كما لا يسقط بموت صدقة الفطر ولكنه يسقط فعلم ان الواجب الاصلي هو الدفع دون
الفداء وهو استدلال صحيح نعم يشكل بان سقط الواجب لا يدل على كون الواجب الاصلي لجواز ان يكون سقوطه
باعتبار ان الفداء واجب بصفة اليسر واليسر انما يكون في التخيير بين الدفع والفداء وعند تعذر الدفع
والفداء وعند تعذر الدفع بموته لا يبقى هذا اليسر ولا يبقى هذا الواجب اصلا ايضا اذا الواجب
بصفة اليسر لا يبقى في ابعاد دونه كالزكوة يسقط بهلاك النصاب قوله لانه لما ظهر عن الجناية بالفداء
جعل كان لم يكن وهذا ابتداء جناية تشكل بما اذا حفر بئرا في قارعة الطريق فوقع فيها انسان فمات فاتحققه
المولى عالما بالحفر والموت ثم حفر اخرى فعطبه دية واحدة لولي الجنايتين فيضرب الاول بجميع الدية و
الثاني بجميع قيمته للاول لا يبوم للثاني شيئا بل يشارك الاول كذا كذا هنا كذلك في الكتاب في
فلو كانت الجناية الفداء كان لم يكن وكانت الجناية الثانية كجناية مقدات لزم ان يضمن المولى لولي
الميت الآن في هذه المسئلة قيمة العبد بتمامها كما لو مات انسان في البئر بعد اعتاق العبد
الحافر في قارعة الطريق ابتداء وفيه تحث القيمة على المولى فكذا هذا وجوابه ان الفداء
انما هو بالحفر فيكون في حكم كانهما ماتا معا ولو كان المولى اعتقه بعد وقوعها في البئر
لم يضمن المولى الادية واحدة فكذا هذا قوله وعند اختياره الواجب عين وههنا اعتراض
صعب وهو ان الواجب ان كان عينا كما ذكر فلا وجه له لا اذ الاعيان لا توصف
بالوجوب وان كان دفع عين كما احتمله اللفظ على طريق حذف المضاف فهو معنى
ولا مانع من التاجيل في المعاني ودفعه ابراء الامور والتعيين كذا في الحاشية
ووجه الدفع ان المعنى بتاجيل الاعيان هو تاجيل تسليمها وكذا بتاجيل الديون
اذ لا معنى لتاجيل العين والدين سوى ان غير هذا تاجيل الاعيان بان المعنى
المذكور باطل لان التاجيل شرع للتحصيل بتوفيرها والعين حاصل وتاجيل الحاصل
باطل اما الديون فغير حاصلة فيصح تاجيلها تسهيلا للامر في تحصيلها قوله
فانه جعل بدلا عن العبد في الشرع اي في حق مولى العبد الجاني
لان الواجب عليه هو دفع العبد عنه ان اراد ابقاء العبد لنفسه
اداء ارش المقتول فداء عن العبد فكان الارش في حقه عوضا عن العبد
ولا تاجيل في العبد فكذا في بدله قوله وان مات بعدما اختار الفداء
استوى اي سواء اختار المولى الفداء قولا او فعلا ثم لم يتبرأ المولى
عن الفداء كذا في الشرح قلت هذا التعميم يأباه قوله لتحول الحق من
رقبة العبد الى ذمة المولى لظهور ان التحول انما يكون اذا اختاره قولا
اذا الاختيار بالفعل يوجب سقوط الحق فمن المحال ان يوجب ثبوته
وجوابه ان اختيار الفداء بالفعل لا يوجب سقوطه عن الذمة لما عرف ان الدين

لا يوجب سقوطه عن الذمة بل توزره فيجوز ان يكون الاختيار به موجبا بثبوت
الدين في الذمة وتظهر فائدة فيما اذا استحق الفداء من ولي الجناية فانه يأخذ
من المولى او من تركته جبرا ولا يكون له اختيار في دفع العبد ثم فرق في الكفاية
بين هذا وبين كفارة اليمين من حيث ان احد الانواع لا يتعين في الكفارة بالقول
وههنا يتعين كل من الدفع والفداء بالقول كما يتعين بالفعل مع وجود التخيير في
الموضعين والفرق ان المقصود في حقوق الله تعالى هو الفعل والمحل تابع وفي حقوق العباد
المقصود هو تعيين المحل حتى يتمكن صاحب الاستيفاء والتعيين يحصل بالقول
كما يحصل بالفعل والى هذا اشار بقوله ان التخيير في مسئلة الكفارة في الاداء لا في التعيين فلا يتعين
بالقول وههنا التخيير في التعيين والتعيين يحصل بالقول والفعل جميعا قوله ولو
قتل واحدا وفقأ عين آخر فسلاثا لان ارش العين على النصف من ارش
النفس قلت وهذا يدل على ان الموجب الاصلي في جنايات العبد في هذه
الصورة منهما نصفين لاستوائهما في استحقاق كل العبد لما عرف ان صاحب
الطرف يستحق كل العبد كصاحب النفس فلما كانت القسمة ههنا باعتبار
الارش دل على ان الارش هو الموجب الاصلي كما هو مختار الامام التمرتاشي
والامام فخر الاسلام رحمهما الله تعالى الا ان يقال الموجب الاصلي في حق المولى
ان كان هو الدفع فهو في حق ولي الجناية هو الارش قوله بخلاف الاقرار على
رواية الاصل يعني اذا اقر الذي في يده العبد انه لفلان اي لا يصير مختارا للفداء
كما ذكر في الكتاب وهذا الذي ذكره انه لا يصير مختارا للفداء فيما اذا ثبت
بالبينة انه لفلان اما اذا لم يثبت فلا لانه ذكر في المبسوط ولو ان عبدا في يد رجل
جنى فقال ولي الجناية هو عبدك وقال الرجل هو وديعة لفلان واقام على ذلك بينة
اخر الامور فيه حتى يقدم الغائب والا خوطب بالدفع او الفداء وقال زفر رح
هو مختار للدية قوله لفلان لانه زعم انه لا سبيل له على دفعه فيجعل هو مفوتا
الدفع مختار الفداء ولكنا نقول هو بكلامه هذا يزعم انه ليس بخصم فصار الاثبات
بالبينة كالاثبات بالمعاينة وان لم تقم بينة على ذلك فهو الخصم باعتبار ظهور يده
وهو متمكن من دفعه فيخاطب بالدفع او الفداء فان فداه ثم قدم الغائب اخذ
عبده بغير شيء لان ذا اليد متبرع في هذا الفداء وان كان دفعه فالغائب بالخيار ان
شاء امضى ذلك وان شاء اخذ العبد ودفع الارش كذا في الشرح قلت
ما ذكر في المبسوط لا يدل على ان الحكم الذي ذكره من انه لا يصير مختارا الفداء
مستدعيا اذا ثبت اذ الحكم فيما اذا لم يثبت بها ايضا كذلك كما يفهم عنه قوله

الاعلام [illegible] ... الجناية الارشعون [illegible]

وان لم يقم بينة فهو الخصم باعتبار ظهور ربحه فيه فمخاطب بالدفع او بالفداء فلا معنى لجواز
التقييد ثم ما ذكر في الكتاب من قوله فان المولى مخاطب بالدفع اليه
مقيد بما اذا اثبت ذلك بالبينة اما اذا لم يكن فالمخاطب بالدفع هو المقر
قوله ينتظم الى البيع بشرط الخيار فان قيل المشتري بشرط الخيار اذا باع
بشرط الخيار للبائع او عرض على البيع يصير مختارا للبيع ومجيزا له وكذا البائع بشرط
الخيار لنفسه اذا عرض على البيع يكون فاسخا فعلى هذا ينبغي ان يكون مختارا بالفداء
قيل لو لم يكن المشتري مجيزا هناك كان التصرف بالعرض واقعا في ملك الغير على
تقدير الفسخ وكذا البائع لو لم يجعل فاسخا كان تصرفه في ملك الغير على تقدير الاجازة اما
ههنا اذا لم يجعل مختارا للفداء لا يتبين بالدفع انه تصرف في ملك الغير فافترقا فلان المشتري
او البائع لو لم يجعل مجيزا او فاسخا لا يصح شراؤه وبيعه لانه يكون شراء وبيعا فيه غرر
وهناك لا يلزم الوزر في حق الدفع كذا في الشرح وذكر في الشامل في جواب هذا
الاشكال قلنا انما يصير مجيزا او فاسخا لان المشتري لو لم يصر مجيزا او تعذر على الفسخ
يكون تصرفه في ذلك الغير وهو حرام وكذا البائع لو لم يجعل فاسخا يكون تصرفا في ملك الغير
على تقدير الفسخ وكذا على تقدير الاجازة اما ههنا لو لم يجعل مختارا للفداء فلو دفع العبد لا يتبين
بالدفع ان تصرفه كان في ملك الغير وفيه نظر لما عرف ان بيع مال الغير بدون اذنه ليس
بصرف محظور بل ما دون فيه دلالة على ما عرف في فصل الفضولي انما المحظور التسليم
والكلام في نفس البيع هل يكون اجازة وهو ليس بمحظور فلا يتم الجواب قوله لانه
يزيل الملك فان قلت اذا اراد المشتري بحكم الخيار هل يكون الى البائع ولاية الدفع قلت
ما ذكر في الايضاح من قوله ولو ان كاتب العبد الجاني وهو يعلم بالجناية ثم عجز فان كان خوصم
قبل ان يعجز فقضي القاضي بالدية ثم عجز لم يرتفع القضاء وان لم يخاصم فيه حتى عجز كان له ان
يدفعه به لان الدفع لم يثبت على سبيل الاحكام لاحتمال فوات الدفع بالتحويل على ان
المولى ان خوصم قبل ان يرد عليه بحكم الخيار فقضي عليه بالدية ثم رد لا يرتفع القضاء
وان خوصم فيه بعد الرد بحكم الخيار كان له ان يدفعه ووجه الدلالة ظاهر ولكنه يشكل بان الفداء
يتعين بالقول بحيث لا يكون له ولاية الدفع بعد ذلك مع انه بعد اختياره قولا يتمكن من
الدفع فوق تمكنه منه بعد الكتابة او بالبيع بشرط الخيار للمشتري فلا يكون له الدفع بعد
الكتابة والبيع بشرط الخيار للمشتري ايضا لان اختيار الفداء بهذين التصرفين ليس
بادنى من الاختيار قولا وبعد الاختيار بالقول لا يكون متمكنا منه فكذا بعد الاختيار بهذين
التصرفين ووجه الفرق ان الاختيار بالقول يثبت مطلقا وبهذين التصرفين انما يثبت
مقرونا بتعذر الدفع فاذا عجز المكاتب او رد المشتري الى البائع يرتفع التعذر المبني عليه

الاختيار فيرتفع الاختيار ايضا اذا الفروع تتغير بتغيرها اما الاختيار بالقول فيثبت
لا على وجه الفروع فيبقى دائما قوله ولو ضرب بعضه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية
الا ان يرضى ولي الدم ان يأخذه ناقصا فلان ضمان على المولى ولو ضرب المولى
عينه فابيضت وهو عالم به ثم ذهب البياض لا يكون مختارا للفداء لان النقصان
لما زال جعل كان لم يكن ولو خوصم بعضه للقاضي الدية ثم زال البياض فالقضاء
ماض لا يرد لان الاختيار قد استحكم بانضمام القضاء اليه قوله لانه لا
يختص بالملك فاولى ان لا يكون دليلا على الاختيار اذا التصرف المختص بالملك
كالوطي من غير اعلاق لا يكون دليلا عليه فغير المختص من التصرف اولى ان لا
يكون دليلا قوله بالاجارة والرهن في الاظهر احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل
انه يكون مختارا في الرهن والاجارة لانه اثبت عليهما مستحقه فصار كالبيع
ووجه ظاهر الرواية ان الاجارة تنتقض بالعذر فيكون قيام حق الولي الجناية عذرا
في نقض الاجارة والراهن يمكنه قضاء الدين فاسترداد الرهن متى شاء
فلم يتحقق عجزه عن دفعه بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارا كذا في الشرح وقد يشكل
بان المصنف رحمه الله تعالى سوى بين الرهن والاجارة ههنا في انه لا يصير
بهما مختارا للفداء وجعل الرهن مثل البيع في لزوم القيمة في البيع الفاسد
وفرق بينه وبين الاجارة حيث قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير
فقبضه واعتقه او باعه وسلمه فهو جائز والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان
الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا
بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر الى ههنا لفظه فلا بد من
الفرق بين حكم الفداء ولزوم القيمة ووجه الفرق والله اعلم ان الحاجة في البيع
الفاسد الى تعذر القيمة لا الى الايجاب لانه يجب بنفس القبض الا انه
يجب بنقض القبض العقد بتعذر الرد وههنا الى ايجاب الفداء لانه لا
يجب الا بالاختيار صريحا او دلالة والاجارة مع قيام العذر ليست
بلازمة اصلا فلم يعتبر لا في ايجاب المال ولا في تقريره اما الرهن فلازم
من حيث عدم تمكنه من نقضه غير لازم من حيث تمكنه من تخليصه باداء
الدين فاعتبر لازما في حق التقرير دون الايجاب عملا بالاعتبارين ولم يعكس
لانه لو اعتبر لازما في حق الايجاب وجب اعتباره لازما في حق التقرير
لانه دونه فلم يتحقق العمل بالشبهين قوله تمكنه الامتناع عنه فان قلت لو
قال لها طلقي نفسك ثم حلف ان لا يطلق فطلقت نفسها بحكم التفويض حيث

ان تطليق المرء بحكم التفويض فما لا يمكنه الامتناع عنه لامتناع العزل والرجوع عنه اجيب
بالمنع فان في وسع الزوج الامتناع عن تطليقها بان يبينها من المحل بحيث لم يبق حتى طلقت
نفسها بتفويضه صار كانه طلقها بعد الحلف مختارا بخلاف التعليق اذ الامتناع عنه
ليس في وسع الحالف فتعذرت عما وراءه الى ما اشير في الكافي في كتاب الايمان
وفيه بحث اما اولا فلما ذكر في الكافي في متفرقات كتاب الاقرار من قوله
مجهولة النسب اقرت بالرق لانسان ولها زوج واولاد من الزوج
وكذب زوجها صح في حقها دون حقه فلو الى واقرت قبل شهرين فتمام مدته وان
اقرت بعد شهرين فاربعة والاصل انه متى امكنه التدارك ما خاف
فوته باقرار الغير ولم يتدارك بطل حقه لان فوات حقه مضاف الى تقصيره وان
لم يمكنه التدارك لا يصح الاقرار اقرت بعد شهر امكن للزوج التدارك
في شهرين فلم يصر مبطلة لحقه واذا اقرت بعد شهرين لا يمكنه التدارك ولو قال
لها طلقي نفسك ثنتين او قال لاجنبي طلقها ان شئت او قال اذا جاء راس الشهر
فانت طالق ثنتين فاقرت ورفعنا له الرجعة لان التدارك ليس في
يده بخلاف الوكيل بتطليقتين لامكان التدارك بالعزل هذا كلامه فقد فرق بين التوكيل
بالتطليقتين وبين تفويض التطليقتين اليها او الى الاجنبي ونص بان التدارك
في التوكيل يمكن بالعزل دون التفويض فلو كانت القدرة على ابطال التفويض
بالاقامة معتبرة لكان الحكم في مسئلة الاقرار اخذا في التفويض والتوكيل ثم فرق
بينهما على انها غير معتبرة واما ثانيا فلانه لا يتاتى فيما اذا قال لها طلقي نفسك ثنتين
متى شئت ثم اقرت بالرق لانسان ثم رفعنا حيث يملك الرجعة ايضا لان
تطليقها نفسها بحكم الطلاق كتطليق الزوج ايها حتى يحنث فيما اذا فوض الطلاق اليها
وقال لها ثنتين متى شئت ثم حلف ان لا تطلق فطلقت نفسها حنث ايضا مع انه لا يمكنه
التدارك عن المجلس لعدم تقيد مثل هذا التفويض بالمجلس قوله والظاهر انه
يفعله ولو يقال هذا الظاهر معارض بظاهر اخر وهو ان دينه وعقله يمنعان عن قبل
غيره والظاهر انه لا يفعله قوله لان الصلح كان على المال هذا اذا كان يصح على ما اختاره
بعض المحققين من ان الوجوب الاصلي في جناية العبد هو الفداء بالارش فلا يكاد
يصح على ما اختاره المص رحمه الله تعالى ان الوجوب الاصلي هو الدفع لظهور ان الواجب
لما كان هو الدفع استحال ان يكون دفعه صلحا عن المال لان الغير الواجب لاستحالة
ان يكون الواجب الاصلي بدل الصلح فضلا ان يكون بدلا عما ليس بواجب له
وجوابه سيأتيك ان شاء الله تعالى كقوله فكان الصلح واقعا بغير بدل اذ لا بدل له

من صالح

من صالح عنه والمال هو المصالح عنه ولو بوجد فيبطل الصلح قوله والباطل لا يورث الشبهة
وهذا اشكل بما ذهب اليه ابو حنيفة رح من ان تزوج امراة لا يحل له نكاحها كالام ومطلقة الثلث
فوطئها لا يجب عليه الحد بذلك علم او لم يعلم فقد جعل نكاحهن مورثا فقد جعل
مورثا للشبهة في الحد مع انه باطل وجوابه ان المراد بالباطل ما لا يكون ثابتا
دلالة الشبهة الثبوت ايضا ونكاح المحارم شبهة الثبوت من حيث ان يعرف
مصارف محله من وجه لان محل التصرف ما يكون قابلا للمقصود الاصلي والانثى من بنات
ادم قابلة للتوالد وهو المقصود بالنكاح فكان ينبغي ان ينعقد في حق جميع الاحكام
الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة بخلاف الصلح بلا بدل فانه باطل
من كل وجه لاستحالة ان يكون الصلح بلا بدل وما كان باطلا من كل وجه اي غير
ثابت لا حقيقة ولا شبهة فهو معدوم والمعدوم لا يورث الشبهة قوله
كما اذا وطئ المطلقة الثلث في عدتها مع العلم بحرمتها ان اراد ان وطئها في العدة
وطئ باطل يورث الشبهة فلا خفاء ان نفس الوطئ المحرم لا يصلح لايراث الشبهة
حتى يتقاعد عن ايراثها باعتبار البطلان بل الصالح لذلك انما هو غير الوطئ كصورة
النكاح وان اراد ان عدتها لا يورث الشبهة في درء الحد لبطلانها فلا خفاء ان العدة ليست
باطلة بل هي صحيحة شرعا والمطلوب بالتمثيل هو التصرف الباطل وبالجملة ان ما ينبغي
هنا ان يكون مورثا للشبهة ليس الا العدة من حيث انها من اثار النكاح وانه
على تقدير وجوده بمنع الحد فانه يورث شبهة المنع ولكنها ليست بباطلة حتى
يكون تمثيلا لكون الباطل لا يورث الشبهة وما هو الباطل وهو الوطئ فهو لا يصلح لايراث
الشبهة لان الشبهة درء الحد بناء على شبهة الحل في الوطئ واستحال
ان يورث الشيء شبهة في نفسه الا ان يقال اراد بالباطل ما هو المعدوم
من كل وجه اي وكان الصلح معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة كما اذا وطئ
معتدة الثلث فان ما هو الموجب للحل لما كان معدوما فيه لم يورث شبهة
في درء الحد وذلك ان العدة وان كان اثار النكاح فهي ليست بموجبة
للحل اصلا يورث الشبهة بخلاف النكاح فانه يوجب الحل في المحل فيورث
صورة شبهة فالتشبيه في العدم ما يورث الشبهة قوله ووجه ان
العفو وان صح ظاهرا الخ وقد يشكل بان المراة اذا قطعت يد رجل عمدا
فتزوجها على اليد ثم مات من ذلك يجب الدية عليها ويسقط القصاص لا
لان التزوج على اليد يتضمن العفو عن القصاص في الطرف وهو يورث
شبهة التفويت عن القصاص في النفس فيسقط الى هذا اسبقت الاشارة

والباطل لا يورث شبهة
محمد مراد الشريف

في الكتاب فقد اعتبر التزوج مسقطا الجناية والصلح مع ان النكاح و
والصلح عن دم العمد من واد واحد كما عرفت في كتاب الصلح فلا بد من وجه الفرق
قوله اذا جنى العبد المأذون في جناية موضوع المسئلة ما اذا كان قيمته اقل
من الدين ومن الارش قوله بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء وانما بدئ ا
الدفع لان فيه توفير الحقين لان حق الغرماء في البيع يبقى وان زال العبد عن ملك
المولى بالدفع وفي الهداية بالبيع ابطال حق الاولياء لان المبيع يزول عن ملكه فكان البداية
بالبيع مما يبطل الجناية وان حصل البيع بغير رضا اولياء الجناية لانه لا سبيل الى
تضمين المولى لان العبد زال عن ملكه بغير صنع بل بصنع القاضي فلو لم يكن على المولى شئ ولا سبيل
الى اتباع لان الجناية ما وجد في ملكه كذا في الكشف قال وذكر في الايضاح ولو دفعه
المولى الى اولياء الجناية لم يضمن لاصحاب الديون شيئا لان هذا حكم مستحق عليه
الا ترى ان القاضي يجبره على ذلك فلو فعل عين ما هو مستحق لم يضمن شيئا ولو دفع
الى اصحاب الديون تبدئة لزم الارش ان كان عالما والقيمة ان لم يكن لان ما فعله
غير مستحق عليه بل المستحق عليه الدفع الى ولي الجناية ثم يباع من الدين على ملكه فكان دفعه
بالدين تبرعا للدفع الى اولياء الجناية فيضمن فلو ان القاضي باعه في الدين ببينة قامت
عنده ثم احضر اصحاب الجناية ولا فضل الثمن سقط حق ولي الجناية لان القاضي
لا يلزمه عهدة فيما يصنع ولو فسخ البيع ودفع الجناية لاحتجنا الى البيع فلا يفسخ بخلاف
المولى اذا باع لانه يجوز ان يجب عليه الضمان بفعله كذا في الشرح قوله ولو
ولو فسخ البيع ودفع الجناية احتجنا الى البيع منظور فيه لجواز ان لا يحتاج الى البيع بعد
الفسخ والدفع بل يختار ولي الجناية فداء العبد باقل من القيمة والدين قوله بخلاف
الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي
وهو الدفع فقبل الدفع كانت رقبة الجناية خالية عن حق ولي الجناية فلذلك لم يجب
القول بالسراية هذا لفظ الكافي وهو مشكل لما ذكر في الكافي في باب التحالف
حيث قال اشترى امتين او امة فولدت فقتلت احديهما الاخرى في يد البايع
اخذ بكل الثمن او بترك الجناية في عينها فصارت قائمة مقام الشخصين وهذا
لان الجناية معتبرة وان كانا مملوكتين لمالك واحد فقامت القاتلة مقام المقتولة بخلاف
موت احديهما او سراية الحمار والشعير فاكل الحمار الشعير حيث ياخذ بحصة
من الثمن لان فعله جبار هذا لفظه وهو تصريح بان الجناية تتعلق بعنقها فوجب
ان يسرى الى الولد وان لم يكن متعلقا بها لما صرح به هنا وجب ان تقوم القاتلة
مقام المقتولة لانها قبل الدفع خالية عن حق ولي الجناية فالصحيح هو ما ذكر في الذخيرة

ان الولد انما لا يدخل في جنايتها انها متى ولدت لم يكن لولي الجناية ملك ولا حق مستوثق
العين وما يرى انما الملك واما الحق المستوثق في العين وليس لولي الجناية في الامة
ملك لانها بنفس الجناية لا تصير ملكا لولي الجناية ولا حق مستوثق لان استقرار
الحق في العين انما يثبت اذا صار صاحب الرقبة ممنوعا عن التصرف في رقبة
او منفعة ولم يصر المولى ممنوعا عن التصرفات في رقبتها بيعا وهبة فلا في منفعتها اجارة
واستخداما قضاء ذكر الفقيه في قدر الزكوة بعد حولان احوال لما كان غير مستحق لم يسر
الى المتولد من المال وجب فيه الزكوة والله اعلم قوله والسراية في الاوصاف
الشرعية دون الاوصاف الحقيقية فان قلت يشكل على هذا سراية وجوب الدفع الى الارش
الذي اخذه المولى بسبب جناية جنى عليه حتى يدفع المولى ذلك الارش معها الى ولي
الجناية فلما لم يسر الى جزئها باعتبار انه اثر فعل حقيقي كان اولى لان لا يسرى
ليس بجزء منها قلنا حق ولي الجناية فيها يجمع اجزائها والارش عوض عن الجزء الغائب
فيثبت حقه في عوض جزء منها ايضا الا يرى انها لو قتلت واخذ المولى قيمتها كان عليه دفع
تلك القيمة الى ولي الجناية فكذا اذا اخذ عوض جزء منها اما الولد فليس بعوض
منها ولا من حقها فلا يستحق ولي الجناية كذا في الشرح نقلا عن المبسوط وهو مشكل
لما ذكر في الكافي في متفرقات الوصايا حيث قال وان اوصى بهبة امة له او
او صدقتها عليه او ببيعها وتصدق ثمنها على الفقراء شراء لا بدلها المدفوع بالجناية عليها
وارشها وولدها كولد الاضحية بخلاف ولد الزكوة فانه اذا كان النصاب امة فحال الحول
ثم ولدت وكذا لا يسرى حق الزكوة الى الولد ولو اوصى بان تكاتب امته بعد
موته او يعتق او تباع نفسها فهذه الوصايا لا يسرى الى ولدها وارشها والعبد
المدفوع بالجناية عليها والاصل ان كل حق يثبت في المحل في عينه وماليته يسرى
الى ولده وارش طرفه والعبد المدفوع بالجناية عليه وان ثبت في عينه لا في ماليته
لا يسرى الا ما ذكرنا ففي الفصل الاول تنزل الحق في ماليتها الا يرى انه لا يثبت
في قيمتها اذا قتلت هذا كلامه ووجه الاشكال ان حق ولي الجناية ان كان في عين المحل
وماليته وجب ان يسرى الى الولد والارش جميعا في مسئلة الوصية والا وجب
ان لا يسرى الى الارش ايضا فسرايته الى الارش دون الولد مشكل
بناء على الاصل المذكور في الكافي قوله ولا شئ له اي من القيمة والدية قوله والى
العبد اي من كل الدية الا من قسطه لان العبد مأخوذ بما ينقص من الدية اذا ثبت
الاعتاق ودعوى العبد ليس بما فوق بكل الدية لا قبل الاعتاق على المولى عندنا على العاقلة و
وليس على موجب الجناية يجب على الجاني لم تحمل عنه العاقلة ان كان حرا والمولى لو كان عبدا لا ان كونه

عاقلته كما يحملون على الجاني فكذا المولى قوله بهذا الوجوب لا يسقط عن العبد بعد الاعتاق
فلا يتصور ابراؤه عنه قوله والمولى يعني بجهة الملك وبعد الاعتاق لو اخذ المولى اذ لم يكن له عصبة
غيره فانما يوخذ من حيث انه عصبة لا من حيث انه سيده قوله ما يستند الى حالة منافية
للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وتقال الكلام في الضمان لحق المقطوع يده و
والمأخوذ منها المال والرق وان كان لا ينافي ضمان اليد والمال لحق غيرها وهم الغرماء فهو
ينافيه لحقها وانها تدعي بدعوى الاخذ في حالة الحرية بدعوى ضمان لحق نفسها والمولى انكر ذلك
باضافته الا فذا الى حالة منافية لوجوب الضمان لحقها وجب ان يعتبر قوله وايضا الرق
ينافي الضمان بنفسه وانما يجب الضمان في المديونة بعارض الدين ولا عبرة للعوارض
في قواعد الشرع الا يرى انه لو برهن على قطعه يدها او اخذه مالها وهي امة تقبل بينته
ولو كان لاحتمال ان تكون مديونة معتبرة في وجوب الضمان لم يكن هذه البينة واقعة للضمان
عنده قوله لان وطء المولى امة المديونة لا يوجب العقر بل يجب العقر بوطء المولى
امته بان كانت مكاتبة قوله واذا امر العبد المحجور عليه صبيا اي صبيا حرا لان وجوب
الدية على عاقلة الصبي انما يستقيم ان لو كان الصبي المأمور حرا اذ لو كان عبدا كان مولاه
مخيرا بين الدفع والفداء كذا في الشرح قلت لو كان المراد به الصبي الحر لم يكن في العقد العبد
المحجور فائدة لما ان المأمور اذا كان صبيا حرا فالجواب لا يختلف بكون الامر عبدا محجورا او ماذونا
فيه اذ الرواية منصوصة في الجامع الصغير للامام التمرتاشي والامام المحبوبي رحمهما الله
اذا كان المأمور صبيا حرا والامر عبد ماذون او محجورا فقتل الصبي المأمور بقتل
رجل فعلى عاقلة الصبي الدية مؤجلة الى ثلث سنين ولا رجوع لهم على العبد وان كان
ماذونا في التجارة لان هذا الضمان ليس بضمان لان الحر لا يغصب وانما هذا ضمان
جناية العبد وجناية العبد لا يلزم بعد الاعتاق الا يرى انه لو باشر الجناية ثم اعتقه مولاه
لا يطالبه بحكم ذلك الجناية كذا هنا بل اولى لانه لما لم يواخذ العبد بعد الاعتاق بموجب
جناية باشرها في الرق وجب ان لا يوخذ بموجب جناية اقر بها بعد الاعتاق بالطريق
الاولى وهو ان امره بالقتل كالاقرار بالجناية ولو اقر بها لم يلزمه شيء لا في الحال
ولا بعد العتاق سواء كان محجورا او ماذونا لان الاذن يختص بالتجارة و
والاقرار بالجناية ليس من توابع التجارة فكان الماذون والمحجور فيه سواء
وايضا لو كان المراد الصبي الحر لا يستقيم قوله ويرجعون به على العبد الامر
بعد الاعتاق لما عرفت ان العبد ماذونا كان او محجورا لا يواخذ بموجب الجناية
بعد الاعتاق وانما يستقيم ان لو اريد بالصبي الصبي المملوك لان الامر اذا كان
عبدا محجورا او المأمور صبيا مملوكا يوخذ العبد الامر بعد الاعتاق وان كان لا يوخذ به

في الحال

في الحال نعم يشكل على تقدير ان يكون المراد الصبي المملوك قوله فعلى عاقلة الصبي الدية من
من حيث ان الصبي لو كان عبدا فالواجب على المولى هو الدفع او الفداء الا ان يراد بالعاقلة
في قوله فعلى عاقلة الصبي هو المولى لما ان المولى عاقلته لانه يستنصر به وبالدية الضمان على عموم المجاز
او هو محمول على قول من جعل الواجب الاصلي في جناية العبد هو الدية على عاقلته دون الفداء
ثم اعلم انه لو كان الامر كبيرا والمأمور صغيرا فالدية على عاقلة الصبي ثم يرجع بذلك عاقلته
على عاقلة الامر لانه استعمله في حاجته ولحقه فيه ضمان فيضمنه فان قيل هذا الضمان لزمه بالقول
وهو الامر فلا يتحمله العاقلة كما لو اقر بقتل او شهد على رجل بقتل فقضي به فقتله الولي
ثم رجع فالضمان في ماله دون العاقلة قلنا بل الضمان بالقول ولكن قول لا يحتمل
الكذب وهو كالفعل المعاين حكما فيضمن العاقلة كرجل اشهد في حائط مائل فلم يهدمه
حتى سقط فقتل رجلا كان الضمان على العاقلة وان كانت الجناية لزمته بالقول وهو الاشهاد
ولا يحتمل الكذب بخلاف الاقرار والشهادة لانه يحتمل الصدق والكذب كذا
في الشرح وفيه نظر لان القول الذي لا يحتمل الكذب لو كان في حكم الفعل المعاين
فكان ينبغي ان يوخذ المحجور والصبي بضمانه في الحال كما يوخذان بضمان الافعال والمسئلة
بخلافه فان العبد المحجور والصبي اذا امر صبيا بقتل رجل فقتله المأمور فالضمان على عاقلة المأمور
ولا رجوع لعاقلته على عاقلة الصبي ولا على العبد المحجور في الحال قوله ويرجعون على العبد
الامر بعد الاعتاق ان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال فلب المدعون الرجوع على العبد
الامر بعد العتق فيشكل اما ان اريد بالصبي المأمور بقتل رجل الحر كما ذهب اليه الشارح
وعليه يدل ظاهر قوله فعلى عاقلة الصبي الدية وقوله ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي
الامر فلما مر من رواية الجامع انه لا رجوع لعاقلة الصبي على العبد الامر ماذونا كان او محجورا
بعد عتقه ايضا وكذا ان اريد به الصبي المملوك بالتكلف الذي ذكرنا في قوله فعلى عاقلة الصبي
الدية بان يراد بعاقلة الصبي مولاه وبالدية الضمان اللاحق به لان مولى الصبي المأمور
بالقتل رجع على العبد الامر بعد عتقه فاما ان يرجع بالضمان الذي لحقه في جناية مملوكه
من حيث انه لما امره بالقتل فقد تسبب لقتله فيكون قرار الضمان عليه فلا وجه عليه
لان ضمان الجناية بالمباشرة كان اولى لتسبب على مولاه لا عليه فهو من مولاه
بالدفع او بالفداء او ما يجب على المولى من موجب الجناية فالعبد بريء عنه بالعتق
فاما ان يرجع عليه لضمان الصبي المأمور بالقتل من حيث انه لما امره فقد استعمله
واستعمال الصبي المملوك غصب وكانه غصبه ثم هلك بسبب كان في يده
فيرجع عليه بضمانه ولا وجه اليه ايضا لان الامر بالقتل لو جعل غصبا للصبي المملوك و
وجب ان يواخذ به في الحال لان ضمان الغصب لا يتاخر الى زمان الاعتاق واما التقليد

بقوله لان عدم الاعتبار لحق المولى فمشكل ايضا لان الامر بالقتل ليس اقرارا بالجناية حتى لا يوخذ به
في الحال بسبب الجناية لكن المولى عاقلته فيتحمل عنه وايضا مقدار التعليل يقتضي ان
يوخذ العبد بعد الاعتاق فيما اذا امر صبيا حرا بقتل رجل فقتله وانه لا يواخذ به بعد الاعتاق
ايضا قوله معناه ان يكون الامر عبدا او المامور عبدا محجورا عليهما قال الشارح رحمه الله
وتم ما قال هذا الحكم لا يحتاج الى كون كل منهما محجورا عليه فقط لانه اذا امر المحجور عليه الماذون
فالحكم فيه كذلك قلت جاز ان يكون تقييد العبد المامور بالمحجور عليه للاحتراز عن المكاتب
فيكون المراد بالمحجور عليه غير المكاتب او عبدا يصير متضمنا بالغصب على عموم المجاز اذا امر
عبد المكاتب فالضمان في عتق المكاتب ولا يجب على الامر لانه بمنزلة الحر فلا يصير متضمنا
بالغصب قوله لان حقهم في الرقبة او في عشر من الافا هذه يقتضي ان يكون حقهم
في احد الشيئين وليس كذلك بل حقهم في الرقبة وللمولى ان يعدى على ما هو
مختار المص رحمه الله او حقهم في عشرين وله ان يدفع كما هو مختار فخر الاسلام
اما ان يكون الواجب احد الشيئين من الدفع او الفداء فليس بمذهب لاحد والا
لتعين الفداء بموت العبد كذلك فالمعنى ان حقهم في الرقبة كما هو الصحيح عندي
او في عشرين درهما كما هو الصحيح عند الامام التمرتاشي و الامام البزدوي رحمهما
الله تعالى قوله وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق متعلق بالرقبة
اعلم ان محمدا رحمه الله ذكر مسائل متفرقة في قسمة الحق على المستحقين بعضها
عولية بالاجماع وبعضها نزاعية بالاتفاق وبعضها عولية عندهما رحمهما الله
نزاعية عنده وبعضها على العكس وذلك ان المعنى الموجب للقسمة على طريق
المنازعة عند ابي حنيفة رحمه الله شيئان احدهما ان القسمة متى وجبت
ابتداء في المعين بحق ثبت لكل واحد على وجه التمييز يكون بطريق النزاع
كما اذا تنازعا في خاتم احدهما يدعي جميعه والاخر يدعي نصفه فالحلقة
للاول والفص بينهما نصفان والثاني ان يكون حق احدهما في كل العين وحق الاخر
في بعض في بعض الشايع فان القسمة بطريق النزاع والموجب للقسمة بالنزاع
عندهما ايضا معنيان احدهما ثبوت الحقين على وجه التعيين كما في مسئلة الخاتم
والثاني ثبوت الحقين في وقتين مختلفين سواء كانا شايعين والاخر معينا
والمعنى الموجب للعول عنده شيئان احدهما ثبوت الحقين في الذمة وقيمة العين
من تراة كما في الديون المستحقة في التركة والثاني ثبوتهما في العين ابتداء لكن
على سبيل الشيوع في المواريث وعندهما شيء واحد وهو ان الحقين متى ثبتا على الشيوع
في وقت واحد كان القسمة بطريق العول سواء كان المشهوع في الحقوق كلها او بعضها اذا توثر

اذا توثر بهذا فيكون معنى قوله لان الحق متعلق برقبته هو ان الحق واجب في الذمة متعلق برقبته كما في
الديون المتعلقة في التركة وليس معناه ان الحق ههنا في رقبة العبد ابتداء اذ لو كان كذلك لوجبت القسمة
بطريق المنازعة عنده ايضا لما عرفت ان الحقين متى ثبتا في العين واحدهما شايع والاخر معين
او كلاهما معينين فالقسمة نزاعية عنده فلا يتم هذا التعليل والدليل على صحة هذا المعنى الذي ذكرته ما
اشار اليه الامام قاضي خان والمحبوبي رحمهما الله في هذه المسئلة حيث قال ولانه ان اصل حقهما ليس في
عتق العبد بل في الارش الذي هو بدل التلف والقسمة في غير العين يكون بطريق العول وهذا
لان من ولي الخطا في عشرة الاف وفي شريك العافي خمسة فيضرب كل واحد في حصته كرجل عليه
عشرة الاف ورهم المحق لرجل الف والاخر لاخر وثم مات المديون وترك الفا كانت التركة اثلاثا ثم هذا
التعليل يدل على ان الموجب الاصلي في جناية العبد هو الفداء دون الدفع على خلاف ما اختاره المص فيتوقف يطلب
الجميع عدا في حقه لان نصيب الحق قد سقط ونصيب الاخر وهو النصف يحتمل ان يكون كله في ملك شريكه
فيتقلب كل هذا النصف مالا ويحتمل ان يكون كله في ملكه نفسه فيبطل اصلا ويحتمل ان يكون نصفه في ملكه
نفسه ونصفه في نصيب العافي فينقلب حد النصف مالا وهو الربع فلما احتمل هذا واحتمل ذلك لا يجب
مالا بالشك لان المال لا يجب بالشك كذا في الشرح وقد يشكل هذا بما ذكره الشارح في كتاب العتاق في مسئلة
ومن كان له ثلثة اعبد حيث قال ان الكرخي اعتبار الاحوال في حالة الاشتباه ما روى عنه عم بعث ابا سالمي
خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض اصحاب النبي عم فلما بلغ ذلك الى رسول الله صلعم قضى بنصف
العقد باعتبار الاحوال وذكر ان السجود منهم يحتمل ان يكون لله تع فكان اسلاما فكان يجب عليهم كمال
الدية ويحتمل ان يكون لهم لكن كان تعظيما للقتلة على ما عليه عادتهم في السجود تعظيما لعظمائهم صونا
عن شرهم فاعتبار ذلك لا يوجب الدية فلما وجبت من وجه ولم يجب من وجه وجب النصف
واسقط النصف وعلى مسائل اصحابنا رحمهم الله الى هنا لفظه ووجه الاشكال ظاهر فعلم ان اثبات
المال باعتبار الاحوال ليس من اثباته بالشك بل فيه اعمال الجهتين فليعتبر ههنا الاحوال ايضا كما اعتبر
النص في باب ما يحدث الرجل في الطريق عند قوله اذا اخرج جسرا وانسان في مسئلة الميزاب
التي مرت وهي ما اذا سقط الميزاب فقتل رجلا ولا يدرى اي طرف اصابه الداخل او الخارج
فانه يجب هناك نصف الدية اعتبارا للاحوال فيجب هنا ايضا اعتبار الاحوال اذ لا فرق
بين المسئلتين وايضا ذكر في الكافي ولو قتلت سيدها وبه حلالا وتكل ولياه فعفى احد ولي
السيد او الاجنبي ثم عفى احد ولي الاخر انما يبقت لشريك العافي او لا في اربعة من اثنى عشر ولشريك
العافي ثانيا في خمسة منها وسلم انه ثلثه اذا عفى احد ولي احدهما انقلب نصيب شريكه بالانم
اذا عفى احد ولي الاخر ايضا انقلب نصف شريكه وحقه في نصف القيمة شايعا فيكون نصفه في النصف
الفارغ من القيمة ونصفه في النصف المشغول منها فيكون بينهما على قدر حقيهما فلذا كان علماما
الساقة في ثلاثة ارباع فقيمتها هذا كلامه وانه اشارة الى انما يثبت في الكل شايعا يتوزع على
النصف

وليس فيه احتمال ان يتعلق باحدهما خاصة والا لزم في مسئلة الولد ان يكون حق كل منهما في الربع لان
ما يثبت لشريك العاقي الى من نصف القيمة ان اعتبر في النصف الفارغ من القيمة استحق كل النصف
ولو اعتبر في النصف المشغول استحق كل منهما الربع ولو اعتبر موزعا كان للشريك الذي مع الاقرار ثلث القيمة
ولشريك الذي مع الانكار ربعها وثلثها كما ذكره الكافي فالربع مستحق كل حال وزاد عليه مشكوك والمال لا يجب بالشك
فيوخذ بالمتيقن ولكنهم اعتبروا التوزيع الفارغ من القيمة والنصف المشغول منها فعلم ان الشايع
متعلق بالنصفين جميعا وليس فيه احتمال باحدهما خاصة لان فيه ترجيحا بلا مرجح وانه باطل اجماعا
قوله وذكر في بعض النسخ قول محمد مع ابي حنيفة رحمهما الله وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه
وللمولى وليان فعفى احدهما يبطل الجميع عند ابي حنيفة ومحمد رح ولم يذكر خلافا وعلى قياس قول ابي يوسف رح ينبغي
ان يكون الجواب في تلك المسئلة كالجواب عندهما لان في تلك المسئلة المال الذي يجب بعفو احد الوليين
انما يجب للولي للميت والمولى لا يستوجب على عبده دينا بخلاف مسئلة الكتاب لان المقتول فيها غير
المولى فجاز ان يستوجب على العبد دينا فافترقا [illegible] قوله والذاهب للمولى ولو كان بدل الدم
لكان للعبد اذ هو في حق الدم مبقى على اصل الحرية وفيه بحث عنه بان المولى مالك للمالية اي قيامها باعتبار
هذا المحل فما يجب بمقابلة المحل يحل في حقه كالواجب بمقابلة المالية دفعا للضرر وصرح الجهة الغايب بقدر
الامكان قوله عند تعذر الجمع وتعذر لان اعتبار الادمية يوجب القصاص واعتبار
المالية يوجب القيمة فالجمع ان يكون لو اوجبنا القيمة بالغة ما بلغت اعتبارا بالمالية والدية
اعتبارا للادمية وهو قول لم يقل به احد قوله وبقاء العقد يتبع الفائدة
حتى يبقى بعد قتله عمدا كان اي بقاء العقد لا يستدعي قيام المحل اصلا او بدلا بل العقد يتبع الفائدة
الا يرى انه يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية وقد يشكل هذا بان الـ
ـبيعة اذا ماتت قبل القبض ينتقض البيع بحيث لا يعود وان دفع الجلد عند الجمهور مع
ان الفائدة هناك موجودة وبعض مشايخنا ان كان يقول يعود البيع بعد دفع الجلد لانه
لا يقول ببقائه وعدم انتقاضه على ما وقعت الاشارة اليه في اول كتاب البيوع حيث
قال ومن مشايخنا رحمهم الله تعالى عنهم من قال يعود البيع مع لفظ العود اشارة الى انه ينتقض
ثم يعود فلو كان بقاء العقد يتبع الفائدة لقالوا جميعا ببقائه في مسئلة
الشاة وليس كذلك على ان المراد من الفائدة ما يوجبه العقد اي ما لا يكون للعقد وجود بدونه
والقصاص ليس من موجبات العقد بهذا المعنى وجوابه قد مر في التحالف قوله
وفي قتل العبد الواجب بمقابلة الادمية وهذا لا يصلح جوابا للشافعي رحمه الله لو جعل ما قاله
قليل القيمة على كثيرها بجامع ان كلا منهما عوض العبد بقطع النظر عن ان يكون بمقابلة المالية او
الادمية دليلا في على وجوب قيمة العبد بالغة ما بلغت وحاصله ان القيمة في قليل القيمة
تجب ما بلغت بالاجماع فكذا في كثير القيمة والجامع كون كل من القليل والكثير عوض العبد

ولايخفى

ولا يخفى ان الالزام كون القليل بمقابلة الادمية لا يدفع هذا القياس على ما لا يخفى قوله فاذا اجتمعوا
زال الاشتباه وبقاء الاشتباه هنا لان القصاص لمالك الرقبة ليس الا اما صاحب الخدمة وهو الموصى له
بها فلا حق له في القصاص وانما يشترط اجتماعه مع المالك لتعلق حقه وتقرره بالقصاص كما يشترط
اجتماع المرتهن مع الراهن في الاقتصاص من قاتل المرتهن صونا لتعلق حقه لا لكونه مالكا للقصاص
قوله والاعتاق لا يقطع السراية لذاته يعني كون الاعتاق قاطعا للسراية انما هو في صورة
الخطاء لا غير لجهالة المقضي له والمقضي به لانا ان اعتبرنا بحالة الجرح يجب القيمة للمولى وان اعتبرنا حالة
السراية وجب الدية للمقتول وجهالة المستحق وهو المقضي له يا بنواده فينقطع السراية في حق المقضي
له اولى بخلاف فصل العمد لان الواجب في الحالتين واحد وهو القصاص والمستحق واحد وهو المولى
لان القصاص انما يجب من حيث انه ادمي والعبد من حيث انه ادمي مبقى على اصل الحرية الا ان المولى
يستوفي بحكم الخلافة واذا لم يكن له وارث سوى المولى كان المولى مستقبلا للخلافة وحصل من هذا
ان قطع يد العبد اما ان يكون عمدا او خطاء ثم كل وجه على وجهين اما ان كان للعبد وارث سوى المولى
او لا فان كان والقطع عمد يقطع الاعتاق السراية بالاجماع فلا يجب القصاص وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا
لمحمد رحمه الله واما اذا كان القطع خطاء فالاعتاق قطع السراية بالاجماع سواء كان له وارث سوى
المولى او لا فلا يجب القيمة والدية بل نقصان القيمة بل قطعها كذا في الشرح وتحقيق الفرق
بين العمد والخطاء فيما اذا لم يكن للعبد وارث حيث يجب القصاص في العمد ولا يجب شيء في الخطاء لا الدية ولا القيمة
لان المانع من استيفاء القصاص جهالة المستحق وانه متحقق في العمد ان كان له وارث دون ما
اذا لم يكن وفي الخطاء المانع متحقق في الصورتين اما اذا كان له وارث غير السيد فلاختلاف المقضي والمقضي
له واما اذا لم يكن فاختلاف المقضي له لم يتحقق فاختلاف المقضي به متحقق لانه بالنظر الى حالة الجرح القيمة
وبالنظر الى حالة الموت الدية فلا تقضي بشيء من ذلك قوله ولما ذكر في الكافي من قوله مات
اثنان في بئر حفرها عبد على الطريق فاعتقه سيدهما عالما فعليه الدية ويضرب الاول في الدية بقدر قيمة العبد
الجاني فيضرب هذا الجميع قيمة العبد والاول بجميع الدية فيقسم الدية بينهما على ذلك عند ابي حنيفة رح
وعندهما يضمن المولى للثانية نصف القيمة وللاول الدية لان العبد صار قاتلا كلاهما
من وقت الحفر والمولى اعتقه وهو يعلم باحدهما دون الاخر فصار مختارا للفداء في حق من علم وعليه نصف
القيمة الذي لم يعلم ولزم ان يدفع الدية لدفع القيمة ولو اعتقه وهو لا يعلم وغرم قيمته للاول لا يغرم للثاني
شيئا او بل يشارك الاول كذا هنا هذا كلام فقد اوجب الكل هنا القيمة كلها ليضرب بها
في الدية او نصف القيمة مع اختلاف المقضي به والمقضي عليه لان الواجب بالنظر الى حالة الحفر
القيمة على المولى وبالنظر الى حالة الموت لا يوجب هو الدية على العبد لحريته في وقت
لان العتق غير نازل في حق المعين فانا قلت يشكل ما قالوا ان المولى عند الموت تعين العتق في احدهما
عتق كله ولا يعتبر من ثلث ماله اعتبارا لاصل الايقاع الذي كان في الصحة فلو كان العتق المبهم غير

ثابت في المعنى ينبغي ان يعتبر تعلق العتق في احدهما بعينه وقت الموت وان لم يصح ثبوت ماله لانه كلام قلت وانما كان
هذا لان اصل الايقاع كان في الصحة فيعدم الالتحاق به معتبرا من جميع ماله لانه لا تهمة وحاصله فلا يتبين
ذلك ببيانه عند الموت وهو نظير ما لو طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول من غير عينها كان له ان يتزوج
الاخرى لان احديهن ثابتين في حقه ولا يتكرر في جانبه كذا في الشرح وهو مبني على ما تقدم ان انشاء الظهار
في حكم مختص بالموقع وانشاء في حكم مختص بالمحل لانه نازل فيه في حق الموقع غير نازل في حق المحل لا الابهام في جانب الموقع
وانما الابهام في المحل ولكن هذا الطريق يشكل بمسئلة الشجة المذكورة في الكتاب اذا العتق لو كان نازلا
في حق الموقع كان ينبغي ان لا يستحق الموقع في هذه المسئلة ارش العبدين جميعا قوله في الشجة تصادف المعنى
وقد يحتاج الى الفرق بين هذا وبين ما اذا قال لامتين احديكما حرة فوطئ احدهما تعين الاخرى للعتق عند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله لان الوطي تصادف المعينة كالشجة ووجه الفرق ان الوطي تصرف لا يحل الا في الملك
فاقدامه عليه في احدهما دليل تعين الملك فيها ومن ضرورة انتفاء العتق عنها فيعتق الاخرى وكذلك الشجة
قوله ولو قتلهما رجل اي رجل واحد معا وقيمتهما سواء ما لو كانا على التفاوت فعليه قيمة الاول للمولى
ودية الاخر للورثة وان اختلفت قيمتهما فعليه نصف قيمة كل واحد ودية وان قلت وبعد الشجة بقي محلا للبيان
فاعتبر انشاء قلت بعد الشجة كما بقي محلا للبيان وبقي محلا للانشاء انما بالا اعتبر والبيان انشاء
ولم يعتبر والظهار اوجب ان يعتبر انشاء من وجه والظهار من وجه فمن حيث انشاء كان ارش الذي اوقع
العتق للمولى كانه اعتقه بعد الشجة ومن حيث انه الظهار لم يكن الارش للمولى فلا يجب له بالشك او يصار الى التوزيع
اعتبار الاحوال كما هو المذكور في البعض يفصح عن ذلك تصفح كلام القوم في مسئلة اعتاق احد العبدين
وغيره وجوابه ان الشجة حين وجدت العقد موجبة الضمان للمولى لانها صادفت ملكه لان المعنى
قبل البيان مملوك البتة وفقد ما بين العتق في احدهما وقع الشك في بطلان الضمان للمولى والثابت بالعتق
لا يزول بما يشبهه وعند الفروع الى اعتبار البيان انشاء لانه لو اعتبر الظهار لادى الى ابطال الثابت
بالشك وانه باطل قوله انشاء في حقهما اي حق العبدين اشارة الى انه الظهار في حق الموقع قوله
وبعد الموت لا يبقى محلا للبيان اولم يبق لا في الاطراف فان قلت في الاول او فوق بما سيأتي
من قوله ولان المالية ان كانت معتبرة في الذات فالادمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا فهذا
نوع من المعنى بان المالية معتبرة في الذات غير ساقطة فيه والثاني اوفق بما مر من اول الفصل
من قوله فيه معنى المالية والادمية الا انهما فيجب اعتبارهما باهدار الادنى وهو المالية فقيه تنصيص
على ان المالية ممدودة في الذات والاطراف جميعا ثم لو كانت المالية معتبرة في الاطراف كان ينبغي ان لا ينقص من القيمة
في قطع احدى اليدين بالغة ما بلغت وعلى رواية الكتب لا يجب فيه نصفها بالغة ما بلغت حتى لا يزاد على خمسة الاف
منقوصة بخمس قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات فدل على انه لم يعتبر اعتبار المالية في حق الذات
فحسب بل اعتبرت في حق الاطراف ايضا يعني ان اختصار اعتبار المالية في حق الذات لا غير ساقط كذا في
الشرح وذكر في الثاني انه يعني ان سقوط اعتبار المالية مقتضى النص وهو قوله في قطع احدى اليدين وفي العينين

في جانب ح

[illegible]

تفويت

تفويت جنس المنفعة فان قلت لما كانت المالية في الذات في حق الاطراف وجب ان يملك
الجثة باداء قيمة النصف رعاية للمماثلة فاشترط فوات الجنس مما لا يوقف له جهة وجوابه ان النقص في
الاهلاك لا يتجزى فلا يجعل اتلاف احد العينين كالاتلاف نصف النفس ويقام مقامه لان الشيء
انما يقوم مقام غيره تقديرا اذا لا امكن تحقيقا قوله ولان المالية كانت معتبرة الخ يعني ان المالية
ان لم يعتبر فظاهر انه لا ياخذ النقصان فان اعتبرت فالادمية غير مهدرة فعملنا بشبهة الادمية حتى لا يمسك
الجثة ويأخذ النقصان وشبه بالمالية حتى قلنا بتسليم الجثة عند اخذ الضمان لئلا يجمع البدلان في
الملك رجل كذا في الشرح قوله عملنا على الشبهين حظهما من الحكم فعملنا بانه لا شيء
له من النقصان اذا امسك الجثة عملا بشبهة الادمية وبانه يملك الجثة اذا دفع القيمة عملا بشبهة
المالية ولا يمكن العمل بالشبهين في الذات فعملنا فيه بالاعلى وهو الادمية باهدار الادنى وهو المالية
فصل في جناية المدبر وام الولد لما ذكر جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو كامل
في استحقاق اسم المملوك وهو العبد على غيره وهو المدبر وام الولد وغيرهما ام الولد لحطاطها من المدبر في ذلك لانه حتى
غيران القاضي لو قضى بجواز لا ينفذ بخلاف المدبر ثم اخر ذكرها عن المدبر كذا في الشرح وهذا الذي من عدم
نفاذ القضاء بجواز بيعها قولك مذهبهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله فالقضاء به نافذ على ما روي في البيع
الفاسد فالبيع والتوجه على مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه في تاخيرها عن هذا وهو ان المدبر متقوم وام الولد
غير متقومة والمتقوم اولى باسم المملوك من غيره فلهذا قدمه قوله وجنايات المدبر وان توالت لا توجب
الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذا لا يتكرر فهذا كذلك ومما يتصل بها
انه اذا غصب مدبر فجنى عنده جناية ثم رده على مولاه فجنى عنده اخرى فعلى المولى قيمته بين ولي الجنايتين
نصفين ويرجع المولى بعد ما ادى قيمة العبد اليهما بنصف قيمته على الغاصب لان نصف القيمة استحق عليه
بسبب كان عند الغاصب فيرجع على الغاصب بماله ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع على ذلك على الغاصب مرة
اخرى عند ابي حنيفة ومحمد وابي يوسف لان حق ولي الجناية الاولى في كل القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد فانتقص الحق
من جهة استحقاق الكل وانما النقصان بعارض مزاحمة الثاني فاذا وجد شيء من القيمة فارغا في يد المولى اخذه حتى
يكامل حقه لا يتقدم على المولى فاذا اخذه منه رجع المولى في هذه المسئلة قيمة ونصف قيمة فيتحقق قوله جنايات
المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة بهذه المسئلة والله تعالى اعلم قوله ويتضاربون بالحصص
وصورته مدبر قتل رجلا خطاء وقيمته الف درهم ثم اذا ازدادت الى الفين ثم قتل اخر خطاء ثم رجعت
قيمته الى خمسمائة ثم قتل اخر خطاء فعلى مولاه الفا درهم لانه جنى على الناس وقيمته الفان ولو لم يجن
منه الا هذه الجناية تضمن الفين ثم الف من هذين الالفين لولي القتيل الاول لان حق الاول
انما يثبت في قيمته يوم جنى وهو الف ولا حق له في الالف الاخر فيسلم ذلك لولي القتيل الاوسط
وخمسمائة من الالف الاول بين ولي القتيل الاول والاوسط لا حق فيه لولي القتيل الثالث
فيضرب فيها الاول بعشرة الاف والاوسط بتسعة الاف لانه وصل اليه من حقه الالف

ولا للمنه مائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيه الآخر بعشرة الآف لانه ما وصل اليه شئ
من حقه ويضرب فيه الاول والثاني بما بقي من حقهما قدر الدية قوله لان المولى جاز لم يدفع
حق ولي الثانية طوعا وولي الاولى ضامنا بقبض حقه ظلماً فيتخير مشكل لان حق ولي الجناية في ذمة
المولى لان في عيس دفعه الى ولي الاولى حتى يكون المولى جانيا في دفعه والقابض في قبضه
على ولي الثانية بل هو خالص حق المولى دفعه الى ولي الاولى يظن ان القيمة كلها حقه ثم لما
تبين انه مشترك ظهر انه قبض غير حقه فيضمن الزائد على قدر حقه للمولى الدافع ويظهر انه كان خاصا
في حق المولى لانه في حق الثانية حتى يجبر على اداء حقه اليه الا يرى ان المرهون لو صدق رجلا انه وكيل
الدين بالقبض ودفع الدين اليه ثم جاء الراهن وانكر وكالة يقبض المديون ولا يجبر له ان يبيع المديون
او بيع القاضي من حيث ان المديون ظالم بالتسليم ومدعي الوكالة بالقبض فكذا يجب ان يكون الحكم في
مسئلتنا قوله لا يبطل ما تعلق به من حق ولي الثانية قلت حق ولي الجناية في ذمة المولى بحيث لا يتعين
الا بالقبض واما المدفوع الى ولي الاولى فلم يتعلق به حقه حتى ان يكون المولى مبطلاً لما تعلق به حق الثانية
قوله واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولم يلزمه شئ عتق او لم يعتق هذا اشارة الى ان العبد لا يؤاخذ
بالجناية اقربها في حال الرق وقد ذكرناه ولكن ما ذكر المص من قوله يرجعون به على العبد الا بعد الاعتاق
لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال يشعر بان العبد موجود لو قام بعد الاعتاق بما يلزمه من موجب الجناية
بحكم الاقرار وانه بينا فبين يعرف بالتامل باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك قوله
والوجه ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع وهذا يخالف ما ذكره المصنف رحمه الله في باب
ما يحدث السارق في السرقة ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين فاخرجه وهو يساوي عشرة قطع
وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك
المضمون فصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ولنا ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك
والملك يثبت ضرورة اداء الضمان لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس
الاخذ وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك الى هنا لفظه
وهذا اشارة الى ان الغصب ليس بسبب للملك وانه ليس كالبيع ولكن قيل ان الغصب اذا لم يكن
سببا للملك فلا يخفى ان الملك عند اداء الضمان فيتبدل الملك فيتبدل لقطع السراية قلنا نعم ان
الملك يثبت مستندا الى وقت ولكن الملك الثابت ثابت بطريق الضرورة فلا يظهر في حق قطع
السراية كما لا يظهر في ملك الغصب في حق المشتري منه حتى لا يبطل بيع الغاصب عند ادائه بالضمان وان
كان طرو الملك البات يبطل الموقوف وكما لا يظهر في نفاذ اعتاقه على ما عرف وقال الامام قاضي خان
فان هذا التعليل يخالف مذهبنا فان الغصب يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء او رضا
لان السراية انما ينقطع باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك على الغاصب اما قبل فلا لانه انما يضمن الغاصب ههنا
لان السراية فان لم ينقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سببا للضمان فلا يزداد الا اذا تبع

بعد الاعتاق

الغاصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب ثابت على المغصوب حقيقة و
حكماً ويد المولى باعتبار السراية يثبت عليه حكما لا حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة فلم يرتفع الغصب
باتصال السراية اي فعل المولى فيتقرر عليه الضمان بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب قوله فيصير مستردا فان
قلت لما استرد المولى فكانه غصبه ثانيا فكان هذا غصبا بعد القطع فيقول لما استرد المولى ولم يوجد
الاخذ من الغاصب ثانيا صار كالفقير شيء في حجر غيره ثم هلك لا يضمن كذا في الكاشية وبه يظهر ان يضمن
الغاصب بعد ما قطع المالك يصير قبضا فان الغاصب بعد ذلك لو امتنع عن التسليم يصير غاصبا
كما في سائر الامانات والودائع فيكون حكمه حكم ما اذا قطعه ثم غصبه قوله اذا غصب العبد المحجور عليه
عبدا محجورا عليه التقييد بالمحجور عليه في حق الغاصب والمغصوب اتفاقي اذ الحكم لا يختلف فيما اذا كان
كل منهما ماذونا في التجارة ويكون الغاصب ماذونا والمغصوب محجورا او بالعكس قوله ولا شيء
لولي الجنايتين الثانية لانه لا حق له الا في النصف بسبق حق الاول وقد وصل اليه ذلك وفيه بحث
وهو انه يشكل بما ذكره المصنف رحمه الله في المسئلة الاولى من قوله ويكون الى القيمة بين ولي الجنايتين
نصفين لاستوائهما في الموجب وذلك ان الاستواء في الموجب يوجب ان يتعلق حق كل واحد
بكل القيمة اذ الاستواء في سبب الاستحقاق يوجب الاستواء في نفس الاستحقاق وههنا صرح بانه لا حق له الا
في النصف وايضا ذكر في فصل جناية المملوك ان الجناية الثانية مقارنة للاولى من حيث الاثر
والمقارنة يوجب الاستواء بينهما في استحقاق كل القيمة وايضا لو كان حق ولي الاولى في كل القيمة وفي حق
الثانية في نصفها لكان ينبغي القيمة بينهما اثلاثا وليس كذلك بل يتضاربان بالحصص على قدر حقهما في
الدية وقد عرف بحقه قوله ومن غصب صبيا حرا قيد بالصبي لانه لو غصب كبيراً حراً فاصابه شيء
من هذه العوارض ينظر ان غيره الغاصب حتى اصابه ولم يمكن التحرز عنها يضمن لان المغصوب
عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه وان لم يمنعه من حفظه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه
مع امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن كالاجنبي اذا علم بالبئر وسعى
وقع فيه لم يضمن الحافر بخلاف الصغير فانه عاجز عن حفظ نفسه عن اسباب التلف كالاعمى على البئر اذا
لم يعلم كذا في الشرح قوله الا يرى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حراً
يدا فاكذا رقبة اولى لان الحرية يدا وهي ناقصة لما كانت مانعة فالحرية يدا ورقبة اولى ان يمنع
وهذا اتلاف تسببا لانه نقله الى ارض قلت نعم ولكن اعترض عليه فعل المختار وهو النهش وتخلل
فعل فاعل مختار يقطع النسبة الى المسبب كما لو فتح باب قفص فطار الطير لانه لا يضمن وكذا لو فتح حجر الحية
فخرجت ولسعته لا ضمان عليه قوله وقد زال حفظ الولي عنه جواب عن تمسكهما بالمكاتب الصغير
لانه لا ولاية لاحد عليه وانما هو في يد نفسه الا يرى انه لا يزوجه احد ولا الصغير يزوجه ولي الصغير فلم يوجد
ازالة حفظ الغير لكنه يشكل بان ازالة حفظ الغير ان لم يوجد في نقل المكاتب الصغير فلا شك ان نقله الى
ارض مسبعة او الى مكان الصواعق تسبب في الاتلاف على وجه التعدي وذلك يكفي لوجوب

الضمان ولا حاجة الى ذلك الى ازالة لحفظ الغير وضمان المكاتب يجب بالتسبب كما يجب بالمباشرة
وهذا يدل على ان عبد العامل يضمن بالاتلاف قلت جاز ان يكون التقييد والوضع المذكور ان
باعتبار ان الاختلاف انما هو في العاقلة فاما عبد العاقل فلا اختلاف فيه بل هو عبد ضامن بالاتلاف
في لهم كما هو عبارة الجامع الصغير لصدر الامام والتمرتاشي وقاضي خان رحمهم الله فمع هذا الاحتمال كيف يجعل
التقييد بقوله قد عقد والوضع المذكور دليلا على ان عبد العاقل يضمن بالاتفاق قوله ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
لا آخره حاصل هذا الكلام فيه ان الايداع عند الصبي تسليط على الاتلاف فلا يضمن لو اتلفه واعترض بانه
لو استحق الوديعة بعد ما استهلكها الصبي وضمنه المستحق لم يرجع الصبي بالضمان على الدافع ولو كان التسليم
اليه تسليطا على الاتلاف لا رجع كما قال اتلف هذا المال فاتلفه فانه يرجع على الضمان على الآمر واجيب
عنه وفي الشرح بان بانه انما لا يرجع لانه تسليط على الاهلاك حكما والتسليط عليه حكما لا يجعل كالتسليط
صريحا الا يرى ان اذا راى عبدا يتجر فسكت يصير العبد ماذونا ولو ظهر ان العبد كان حرا او استحقه مستحق
لم يرجع الغرماء على مولاه ولو قال هذا عبدي اذنت له في التجارة فبايعوه ثم ظهر انه كان حرا او عبد الغير
رجع الغرماء على المولى لان الاذن بالمبايعة مصرح به ههنا وسكوت عنه في الوجه الاول ثم لقط وفيه
نظر لان رجوع الغرماء على المولى ليس باعتبار اذنه في التجارة ليرجعوا عليه عند ثبوت الاذن دلالة بل الغرماء
انما يرجعون اليه باعتبار تغريره اياهم بقوله هذا عبدي وغير خاف عليه ان هذا التقييد لا يثبت عند
ثبوت الاذن بالسكوت اما الرجوع على المسلط فباعتبار نفس التسليط حتى وجد التسليط ينبغي ان يرجع عليه
سواء كان التسليط صريحا او دلالة فالمسلمان لا ينافي على ان الدلالة تعمل عمل الصريح في حق الرجوع
الا يرى ان من ربط بعيرا الى القطار وهي تسير والقائد لا يعلم به فوطئ المربوط انسانا فقتله فعاقلة القائد الدية ثم
يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه لما ربط والقطار يسير فقد امر بالقود دلالة اما اذا ربط والابل قيام ثم قاد
ضمن القائد بلا رجوع لانه قاد بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة هكذا ذكر في الكتاب فظهر ان الدلالة تعمل عمل
الصريح في حق الرجوع وقال الشارح انما قرنا التسليط بالتمكين منه باثبات يده لا بامر وطلب كما
نظره ان يقول للصبي ابحت لك ان تاكل هذا المال فاكله ثم جاء مستحق وضمنه لم يرجع على المبيح وكذا
اذا ثبت يده عليه لانه يباح له هذا ولا يكون محمولا على التصرف اما اذا امره بالاتلاف فقد امله
بالحمل عليه الا يرى انه لو كان عبدا صار غاصبا واذا صار مستعملا صار ضامنا له السلامة عن عهدة
عن عهدة ما باشره باستعماله الا يرى انه لو قال لعبد ابحت لك هذا الطعام فاكله العبد لم يصر المبيح غاصبا
بخلاف ما لو استعمله بامره هذا اللفظ وهذا ايضا يشكل بمسئلة ربط البعير بالقطار وهي تسير لانهم جعلوا الرابط
امرا بالقود لا مبيحا حتى رجع القائد عليه مع ان الربط ليس الا التسليط على القود ورضا به فجعل هذا التسليط
امرا دون تسليط الصبي بحكم قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا لمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين
من الاولياء بل يردها على المولى هكذا ذكر في بعض النسخ وفي بعضها لا يكرر اليمين بين الاولياء
بان يردها على الولي ومعناه والله اعلم ان مذهبه كمذهبنا الا انه لا يكرر اليمين على اهل المحلة بل يرد

ما بقي

ما بقي من خمسين يمينا على الولي وعندنا يكرر اليمين على اهل المحلة اذا لم يكمل خمسين رجلا ولا يرد
على الاولياء عند نقصان عدد اهل المحلة عن خمسين وقوله من الاولياء او بين الاولياء صفة اليمين
اي لا يكرر اليمين المشتركة بين الاولياء الثابتة حقا لهم على اهل المحلة واليمين الثابتة من الاولياء
لانها تتوجه على اهل المحلة بطلبهم لانها حقهم فيصح ان يضاف ثبوتها اليهم وقوله بان يردها يحتمل ان يتعلق
بنفي الفعل اي غير انه انتفى تكرر اليمين عنده على اهل المحلة انتفاء مقرونا انتفاء مقرونا بردها
على الولي او انتفاء حاصلا بردها عليه وان يكون حالا من اليمين اي حال كونها ملتبسة
بردها الى الولي فالحاصل ان مذهبه كمذهبنا اذا لم يكن هناك شهادة الظاهر
للولي لانها يتكرر اليمين عند نقصان عدد اهل المحلة عليهم ولا يردها على الولي والشافعي رحمه الله
لا يكررها عليهم بل يرد ما بقي على الاولياء ما ذكر ولكن في بعض الحواشي عند قوله وقال الشافعي رحمه
الله اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا وان كان الولي واحدا كررت
اليمين عليه خمسين مرة فيحتاج الفرق بين تكرار اليمين على الولي وتكرارها على اهل المحلة حيث
جاز الاول عنده دون الثاني مع ان الاولياء اذا نكلوا عن اليمين فيما اذا كان هناك لوث
حلف المدعى عليه فان حلفوا برئوا فان نكلوا فعليهم القصاص في قول والدية في قول وكذا اهل
المحلة اذا نكلوا فيما اذا لم يكن هناك لوث حلف الولي ونقصان العدد كما لو كان في الموضع
جواز تكرار اليمين عنده على الولي دون اهل المحلة يحتاج الى التامل قوله ولنا في رحمه الله في البداية يتحملها
الى آخره واما قال في البداية لانه يستحلف الولي عنده اولا ثم اذا نكل استحلف المدعى عليه وهو اهل
المحلة هنا فالاستحلاف عنده جائز في الجانبين غير انه بداية في جانب المدعي اذا كان الظاهر
شاهدا قوله ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وقد يقال بل يجعل حجة للاستحقاق كما اذا
تنازع الزوجان فيما يصلح للنساء فان القول لها مع اليمين مع يحتاج الى الاستحقاق وكذا اذا تنازعا
في مصراع باب ملقى في الطريق والمصراع الآخر في يد احدهما فان القول قول من في يده مع انه
يحتاج الى الاستحقاق قوله تعظيما لامر الدم قد يقال تعظيم امره حاصل بوجوب الدية قوله لان
اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببدل المدعي مشكل لانه حق المدعي لا يبطل باليمين حتى لو اقام
البينة على دعواه بعد اليمين يقبل ويسمع بادعاه اشار الى ذلك المصنف رحمه الله في باب خيار العيب
حيث قال ومن اشترى عبدا فقبضه وادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن لان في الانتظار ضرر
بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته هذا كلامه معنى قوله لانه على حجته اشارة الى ان المدعي اذا
برهن على ما ادعاه بعد الاستحلاف يقضى له وفي الجامع الصغير رجل قال لا بينة لي فحلف خصمه ثم اتى
ببينة تقبل في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يقبل ولا يحفظ في هذه الرواية عن ابي يوسف رحمه الله
فلو كانت اليمين بدلا عن حقه لم يصح القضاء ببينته به استيفاء العقد مرة بالبدل ومرة بالاصل
قوله واتق الموفق رشيد لاقى والدين كذا في الصحاح قوله وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك

مسك بالاثر السابق وقد ذكرنا غير مرة ان قول الصحابي ومذهبه ليس بحجة قوله ولان اليمين واجبة بالنص
فيجب اتمامها ما امكن وذلك بتكرار اليمين على واحد منهم وقد يقال كما يمكن ذلك بتكرار اليمين على واحد منهم يمكن
ايضا بضم اقرب المحال اليه كما يضم الى العاقلة اقرب القبائل وذلك ان اهل المحلة انما يؤاخذون بالايمان لانهم
قتلة تقديرا والعاقلة ايضا يؤاخذون بالدية كذلك ثم يضم الى العاقلة الاقرب فالاقرب فكذا اهل المحلة
ما لا اولى ان يحال به الى اثر عمر رضي الله عنه قوله ولا على امراة ولا على عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين
على اهلها اشكل بما سياتي ان القتيل اذا وجد في قرية لامراة فعند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله القسامة وتكرار الايمان عليها لان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المراة متحققة بكذا على ...
في الكتاب ووجه الاشكال ظاهر وجوابه ان ما ذكر هنا من قوله ولا على معناه ان المراة لا تدخل مع الرجال
في قسامة اهل المحلة فلا ينافي ما سياتي من وجوب القسامة على امراة مالكة للقرية او الدار اذا وجد
القتيل فيها واما التعليل المذكور هنا بقوله لانهما ليسا من اهل النصرة كانه تعليل على قول ابي يوسف رحمه الله
فانه لا يرى القسامة على المراة وان وجد القتيل في دارها او قريتها واما وجه قول ابي حنيفة ومحمد رضي الله
عنهما وهو الفرق بين ما اذا وجد القتيل في المحلة وما اذا وجد في دارها او قريتها ان المراة اصل في
الراي والتدبير في اسباب دارها وقريتها فيجب عليها القسامة كما يجب على اهل المحلة ولا راي لها
ولا تدبير في اسباب المحلة فلا تشارك اهلها في القسامة قوله لان الظاهر ان تمام الخلق ينفصل
حيا فان قلت الظاهر لا يكفي للالزام قلت نعم في الظاهر في باب القسامة حكم اليقين بالنص على خلاف
القياس لانها على وجود القتل من اهل المحلة وذلك بحكم الظاهر لا غير قوله لان القتيل في ايديهم
فصار كما وجد في دارهم مشكل فان الراكب والقائد اذا تنازعا في دابة فالراكب اولى فعلم ان الدابة
في يد الراكب قوله واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام اقرهم على املاكهم هذا يخالف ما مر في باب الغنائم
وقسمتها وكتاب المزارعة ايضا وقد ذكرناه بالاستقصاء قوله ويدخل العاقلة في القسامة ان كانوا
حضروا وفيه نظر لان المشترين لا يدخلون في القسامة مع ان الخطة وان بقي واحد مع انهم من اهل
الخطة ليسوا حالا من العاقلة مع صاحب الدار فاذا وجب ادخال العاقلة القسامة والدية اذا كانوا
حضورا فالاوجب دخال المشتري مع اهل الخطة في ذلك اولى وكما يلزم العاقلة النصرة يلزم المشتري نصرة
اهل المحل ايضا قوله لانه لا بد من الملك ولا يلزم ان ابا حنيفة رحمه الله يعتبر اليد في استحقاق الدية كما ذكرنا
آنفا لانه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد ولم يثبت هنا يد الملك الا بالبينة كذا في الكافي وفيه نظر لان البائع
في البيع البات قبل التسليم الى المشتري ليس بيد ملك اذ الملك فيه للمشتري وكذا يد البائع اذا كان الخيار
في البيع للمشتري ويد المشتري اذا كان الخيار للبائع كل ذلك ليس بيد ملك مع انها كافية في وجوب القسامة والدية
عند ابي حنيفة رحمه الله فيجب ان لا يشترط اثبات الملك بالبينة عنده ولا يسقط هذا الاعتراض بما ذكر من ان المعتبر
ليد الملك فكانه اراد بيد الملك اليد على وجه الاصالة دون النيابة والملك ويد الملك ان لم يكن شرطا
عند ابي حنيفة رحمه الله فقيد الاصالة شرط حتى لا يكون القسامة والدية على المودع والمستعير فلو انكرت العاقلة

ان

ان يكون اليد في الدار له على وجه الاصالة لزم اثباته بالبينة فمعنى قوله لا بد من انه لا بد من
ان يكون اصيلا في قبضه لا نائبا عن غيره فاراد بالملك كونه اصيلا في القبض وجاز ان يكون
هذا التعليل على قولهما لا على قوله قوله وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة
وقد يقال يجب ان تجب القسامة على اقرب المحال كما تجب على اقرب القرى والنص الوارد في
القريتين وارد في مثل هذا دلالة وجوابه ان الشارع والمساجد بنيت للعامة فينبغي ان تجب القسامة
عليهم والتوزيع ما لهم غير ان القسامة متعذرة لعدم الاحصاء وايجاب الدية في مالهم ممكن فيجب ما يمكن ايجابه
ويسقط ما تعذر بخلاف ما بين القريتين فانه غير منسوب الى احد فيعتبر فيه الاقرب قوله فيجب على
على عاقلتهم مشكل لما مر ان الدية تجب للورثة فاذا وجبت لهم على عاقلتهم لزم تحمل العاقلة عنهم
وقد جعله المصنف رحمه الله فيما تقدم من المحال وجوابه ان عاقلة الورثة انما يتحملون الدية من
حيث انهم اهل الدار وتدبيرها اليهم وهم قتلة تقديرا ثم هم انما يستحقون الدية على العاقلة نيابة عن
المقتول اذ الدية تجب اولا للمقتول حتى ينفذ منه وصاياه ويؤدى منها ديونه وكم من شيء
يثبت نيابة ولا يثبت اصالة كمن باع عبد غيره ثم برهن على حيوة رب العبد على اقرار المشتري انه
لم يامره بالبيع فانه لا تقبل بينته لانه متناقض اما لو مات رب العبد وورثه البائع ثم برهن على
اقرار المشتري بذلك يقبل لانه في حيوة المورث لو قبلت بينته على هذا الوجه فانما يقبل من حيث
انه اصيل ومن حيث انه اصيل هو متناقض وبعد الموت انما يقبل من جهة انه نائب عن الميت والميت
لو ادعى بنفسه لا يكون متناقضا فكذا النائب كذا في الكافي فالورثة هنا انما يستحقون الدية من
حيث انهم قائمون عن الميت لا بالنظر الى انفسهم والميت لو استحق الدية على عاقلتهم جاز فكذا ها هنا
ورثتهم من حيث انهم قائمون مقامه هذا ولكنه يشكل بما مر ان المراة لو قطعت يد رجل فتزوجها على
اليد سقط الارش عن عاقلتها ولم يستحق الا الارش عليهم لانهم يتحملون عنها فاستحال ان يتحملوا لها
مع انها لو استحقت الارش لاستحقت نيابة عن الرجل مهرا فيكون كالورثة فكما انهم يرجعون على العاقلة
الذين يحملون الدية عليه نيابة عن الميت فكذا المراة ترجع عليهم نيابة عن الزوج لا اصالة
اذ المستحق انما هو الرجل كما ان المستحق هنا الميت ثم الورثة يرجعون بالدية على عاقلتهم الذين يحملوا
الدية فلا افتراق بين المسئلتين كتاب المعاقل كل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة
احتراز عما وجب بالصلح من المال او ما وجب عن قتل الاب ابنه عمدا فان الواجب به القصاص ولكنه يسقط
لحرمة الابوة فيجب الدية خلفا عنه فلم تجب بنفس القتل وهنا يجب اما اولا فلان الواجب في قتل الخطاء
ايضا هو المثل الا انه لما تعذر استيفاؤه بعذر الخطاء يجب الدية وينتقل الحق من المثل الى الدية بالقضاء
ولهذا اعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء على ما سياتي ان شاء الله تعالى وفي المبسوط واذا قتل الرجل
خطاء فلم يرفع الى القاضي حتى مضت سنون ثم رفع اليه فانه يقضي بالدية على عاقلته في ثلث سنين من يوم يقضي
لان ثبوت الاجل يبتني على وجوب المال والمال انما يجب بقضاء القاضي فان قيل قضاء القاضي انما ليس بواجب لان ضمان

كتاب المعاقل

المتلفات يكون بالمثل بالنفس ومثل النفس النفس الا اذا دفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء
النفس لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق بقضائه الى المال كما في ولد المغرور فان قيمته انما تجب على المغرور بقضاء
القاضي وان كان رد عينه متعذرا قبل القضاء ولكن في الحكم جعل الواجب رد العين الا ان يحول القاضي
الى القيمة فقضاؤه بتحقق العجز عند رد العين ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يغرم شيئا فاعتبر
قيمته يوم القضاء لهذا انتهى كلامه وانه تنصيص بان الدية في قتل الخطاء لا تجب بنفس القتل بل
الواجب بنفس القتل المثل كما في مسئلة قتل الاب ابنه عمدا الا انه تحول القتل من النفس الى الدية بالقضاء
ولو قيل معنى الوجوب بنفس ان لا تجب بمعنى تحدث بعد كالصلح وعفو بعض الاولياء لم يكن احترازا عن قتل الاب
ابنه لان الدية هناك ايضا لا تجب بمعنى تحدث بعد القتل واما ثانيا فلان الواجب في قتل الاب ابنه لو كان هو
القصاص وكان المال واجبا خلفا عن القصاص الساقط بحرمة الابوة لشبهة الملك لم يقبل شهادة رجل
وامرأتين ولا الحكم فيه بالنكول عن اليمين وحيث يقبل فيه شهادة النساء ويحكم فيه بالنكول اعلم ان موجب
هذا القتل الدية دون القصاص اذ القصاص لا يثبت بشهادة النساء ولا بالنكول قوله فيصير عقوبة عليه
والنفوذ عن الخاطي قطعا وان يقال يجب ان لا يؤخذ الدية من مال القاتل خطاء اذا لم يكن عاقلة او كانت
ولكن لا يمكن ايجابها عليهم كالذمي الذي عاقلته معروفة وكتاجر دخل دار الحرب بامان فقتل تاجرا
آخر مسلما فيها حيث يؤخذ الدية في مال الذمي والتاجر فلو كانت الكل عقوبة عن الخاطي الذي
لا يستحق العقوبة لا تجب عليه قطعا قوله وانما خصوا بالضم الا انما هو الى تركه في البيت لقوة فيه
وذلك بكثرة انصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته قلت لو كان تخصيص العاقلة
بالضم بهذا الاعتبار وهو كونه قبله تقصير حيث قصروا في ترك مراقبته لزم ان يكون العاقلة وقت الجناية
كما هو مذهب زفر رحمه الله عنه دون عاقلته وقت القضاء بالمال لظهور ان المقصر منه انما يكون بقوة
انصاره وقت الجناية التي هي وقت التقصير لا بقوة من سيصير ناصرا له بعد الجناية وسيأتي بيان العين
على ثم الثانية الى عاقلته وقت القضاء بالمال دون وقت الجناية حتى لو كان الجاني كوفيا مكتوبا
اسمه في ديوان الكوفة فجنى في الكوفة ثم انتقل منها الى البصرة وصارت عاقلته اهل البصرة لا اهل الكوفة
والله اعلم قوله ان كان القاتل من اهل الديوان بان كان غازيا وله ديوان يرزق منه فعاقلته من
كان ديوانه من الغزاة وان كان كاتبا وله ديوان يرزق من ديوان الكتاب ان كانوا ... ولم
يكن ديوان فعاقلته ايضا ان كان بقربته بالمحال والدروب تحمل عليهم وان كان من القرية وقربة
من اهل القرية تحمل عليهم وان كان لا ينصر بعضهم بعضا فعاقلته عشرون من قوم ابيه وان يكن منهم
تحمل بعضهم اليهم اقرب القبائل من العصبة ثم فثم الى ان يكفي كذا في الذخيرة قوله لان الوجوب بالقضاء
لا من عليه غير معلوم لان في العاقلة كلاما فلا يجب بنفس الا في القضاء كذا في الكافي وفيه بحث لان الاختلاف
في العاقلة من هم لا يوجب ايجابه للقطع بان العاقلة عند كل مجتهد من ادى اليه اجتهاده وهو معلوم فعندنا العاقلة اهل
الديوان لان كان الموجب ديوانا وعند الشافعي رحمه الله عشيرته وكل منهم معلوم قوله وانما يعتبر مدة ثلثين سنين من وقت القضاء بالدية لان

الديه

الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور فان قيمته انما تجب
على المغرور بالقضاء ولهذا لو هلك قبل القضاء لم يضمن شيئا قلت الحق قيمة المقتول خطاء ووجوب
قيمة الولد المغرور من حيث ان الواجب فيهما بالقضاء وهو مشكل وبيانه يتعلق بمسئلتين احديهما
انه لو استولد مشتري الامة وجاء رجلين واستحقاها بالبينة فان قضى للمستحقين عليه بالامة
والعقر وقيمة الولد معا اشتركا فيما يقبضه احدهما لان الامة مشتركة والعقر بدل جزء مشترك وهو في حكم جزء
من العين وحكم البدل هو حكم المبدل بالقضاء لان حقه في الولد وانما ينتقل الحق من عينه الى القيمة
بالقضاء ولهذا اعتبر قيمته يوم القضاء وهو متحد وان وقع القضاء متفرقا بان قضى لهما بالامة لا غير فغاب
احدهما فقضى للآخر نصف العقر ونصف قيمة الولد ثم حضر الآخر واقام البينة وقضى له بالنصف
الآخر فله ان يشارك الاول فيما قبض من الامة لما مر والعقر لانه بدل جزء مشترك بينهما
ولا ان يشركه فيما قبض من قيمة الولد لانه انقلب مالا بالقضاء وهو متفرق وثانيهما انه لو جنى مدبر ان قتل
رجلا خطاء وله وليان اشتركا فيما يقبضه احدهما من مولاه سواء وقع القضاء معا او متفرقا لان جناية المدبر
لا توجب الا القيمة لتعذر الدفع فكان سبب وجوب القيمة لهما واحدا وهو الجناية فاذا اشتركا في اصل الحق
اشتركا في المقبوض اما لو كان الجاني مكاتبا وللجنى عليه وليان فاذا قضى لهما معا على المكاتب بالقيمة اشتركا
وان قضى لهما متفرقا لا لان جناية المكاتب لم توجب القيمة بنفسها وانما وجبت بالقضاء اذ انتقل
عن الدفع الذي هو الموجب الاصلي لم يثبت لان مكانه بالعجز والقيمة مضافا الى القضاء فاعتبر اجتماعه
وتفرقه وفي المدبر متحققة لتعذر الدفع فكان سبب وجوب القيمة واحدا وهو الجناية فيشتركان في المقبوض
كذا ذكر في الكافي في متفرقات كتاب الشركة ووجه الاشكال ظاهر وهو ان وجوب القيمة في القتل خطاء لو
كان مضافا الى القضاء كما في ولد المغرور على ما ذكره هنا وجب ان لا يشتركا في جناية المدبر اذا وقع القضاء
مدبر كما في ولد المغرور والمكاتب وبالجملة انه اشترى هنا بين وجوب الدية في الخطاء ووجوب قيمة ولد
المغرور في ان كلا منهما بالقضاء ثم فرقوا بينهما في ولاية المشاركة لاحد الشريكين فاثبتوها في قيمة المدبر
مطلق وقع القضاء بينهما معا او متفرقا ونفوها في ولد المغرور اذا وقع القضاء بقيمة متفرقا وصرحوا
بقيمة وجوب المدبر القاتل خطاء بالجناية دون القضاء ووجوب قيمة المغرور بالقضاء فيعتبر للتمسك به كاد
القضاء اذ لا بد من اتحاد السبب وغاية ما يمكن ان يقال ان الواجب الاصلي في الخطاء ان كان هو المثل
لا انتقال الى القيمة بالقضاء بالنظر الى حقيقة الامر فالقيمة كانها واجبة بنفس القتل اعتبارا لان المثل فيه لا يجب
بذاته بل لترتب الخلف حتى لا يؤخذ بالمثل في شيء من الصور فصار الخلف كانه هو الواجب ابتداء فمن حيث
الحقيقة اعتبر المدة من وقت القضاء تحقيقا ومن حيث الاعتبار اثبتنا الشركة ولاية الشركة في قيمة
المدبر الجاني خطاء مطلقا والتعيين بالتحري ولكن مثل هذا الاعتبار متحقق في قيمة ولد المغرور ايضا لان
المثل فيه وان كان في عينه لكن لترتب عليه الخلف لا لذاته كحق دم المقتول في نفس القاتل خطاء فيجب ان لا
يفرق ولد المدبر وولد المغرور في ثبوت ولاية المشاركة لاحد الشريكين في قيمة كل منهما مطلقا سواء وقع

ولد المغرور يعتبر فيه
القضاء لا قيمة

القضاء معا او متفرقا وليس كذلك كما ذكرنا قوله لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد منهم من
ثلثة او اربعة وهو المعنى انما يتحقق بالكثرة والابناء لا يكثرون فان قلت ليس دخل الاباء والابناء لتحميل
كل الدية عليهم بالتحمل قوله فاذا لم يتسعوا ضم اليهم من هو اقرب فالاقرب حتى يستوفي حصة كل الدية
والعجب ان القاتل يدخل مع ان القاتل ربما يكون اقل من الاباء والابناء فهم اولى بان يدخلون
قوله ادخل مع العاقلة وان كان القاتل صبيا او مجنونا او امراة هو الصحيح قوله فلا معنى لاخراجه
ويواخذ غيره ويقال يواخذ القاتل لاخذ بجهة القتل حقيقة والعاقلة ماخوذه باعتبار انهم قتلة تقديرا
والقاتل الحكمي كالخلف عن الحقيقي فالجمع بين هاتين الجهتين كالجمع بين الاصل والخلف وذلك لا يجوز حتى
لا يصح ان الغسل احدى الرجلين ومسح الاخرى وبعبارة اخرى ان الجمع بين الجهتين المختلفين لا يجوز
الا يرى انه لا يجوز تضمين صاحب الاصول والفروع في الشهادة عند رجوع الفريقين بل الواجب
هو التخيير كما قال محمد رحمه الله او تعيين الفروع للضمان كما قالا اما الجمع فلا يسير لاختلاف الجهتين قوله
فالنزعة اولى قلت العاقلة ليست ببرية بل هم قتلة تقديرا فكانه جعلهم برية بالقياس الى القاتل
والنظر الى الحقيقة قوله قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى قوله ليس من قبيل احد تحمل
وزر غيره بل العاقلة ماخوذة بوزر انفسهم وهو تقصيرهم في مراقبة القاتل والاخذ على يده قوله و
على هذا لو كان القاتل صبيا او امراة لا تجب عليهما من الدية الخ قلت الوجوب على القاتل ليس
باعتبار النصرة حتى لا تجب عليهما لانهما ليسا من اهل النصرة بل لوجود حقيقة القتل منهم وهما ان لم يكونا
من اهل النصرة فهما اهلان لمباشرة القتل فيجب ان يواخذان بالمباشرة وكان الواجب ان يواخذ
كل الدية منهما اذا قتلا نفسا الا ان في ايجاب الكل استقصاء لهما تضمن العاقلة التي هم قتلة تقديرا
باعتبار النصرة فالصحيح هو ان القاتل يدخل مع العاقلة وان كان صبيا او امراة والله اعلم قوله
والكفارة تبعا مطلوب فيما بينهم فان قلت ذا يناقض ما مر في اول باب جناية المملوك وهو قوله
بخلاف الذمي بانهم لا يتعاقلون بينهم قلت ذلك محمول على ما اذا لم يكن المعادات فيهم ظاهرة كما سياتيك
في الكتاب قالوا هذا اذا لم يكن المعادات فيما بينهم ظاهرة الى اخره وقيل معنى قوله لانهم لا يتعاقلون
بينهم لا يدينون التعاقل فيما بينهم ولكن قوله لانهم التزموا احكام الاسلام تعليلا لقوله يتعاقلون
رعايا ياه لان وجوب الدية على العاقلة لما كان من الاحكام التي التزموها بالذمة كانوا ملتزمين كذلك
عند عقد الذمة فلا معنى لاشتراط تناصرهم به بعد ما التزموا تلك الاحكام باسرها قوله ولنا ان المال
انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال قلت وهذا اشكل بما
ذكر من متفرقات كتاب الشركة من النكاح في معرض ان المال في المدبر الجاني في خطاء انما يجب بالجناية
دون القضاء حتى يشترك احد ولي المقتول للاخر فيما تقبضه من قيمة المدبر من موته وان وقع
لهما متفرقا ونص هنا بان المال في جناية الخطاء يجب بالقضاء دون الجناية نفسها ايضا ذكر
في الكافي نقلا عن المبسوط او حال كالجاني اذا انتقل حكما وانتقل من ولي الى ولي ولا ينوب

حادث

حادث لم ينتقل جنايته عن الاولى فقضى به اولم يقض ونظيره ما اذا ولد بين معتقة وعبد يوم اخر
وكان مولى هذا الولد لقوم امه ثم اذا اعتق ابوه بعد ذلك ينتقل ولاؤه من قوم الام الى قوم الاب
فان كان هذا الولد قد جنى قبل عتق ابيه ثم اعتق بعد الجناية قبل القضاء بالمال فقضى به على
عاقلة الام وهو قومها ولا ينتقل عنهم الى قوم الاب ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت
الى عاقلة اخرى بان كان الجاني وقت الجناية [illegible] كوفيا فقضى بالمال كان الاعتبار لوقت القضاء
دون الجناية فلو كان الاعتبار لوقت القضاء باعتبار انه وقت الوجوب وان الوجوب بالمال
هنا بالقضاء دون الجناية لكان الاعتبار لوقت القضاء باعتبار انه وقت الوجوب وان الوجوب
بالمال هنا بالقضاء دون الجناية لكان الاعتبار لوقت القضاء سواء تبدلت العاقلة بتبدل
المكان وانتقاله من بلد الى بلد او بانتقال ولائه الى ولاء اخر ولم يكن للتفرقة بين تبدل العاقلة
بانتقال المكان وتبدلها بانتقال الولاء وجه قوله وبما روي انه عليه السلام اوجب ارش
الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل قلت ذكر في الشروح ان العاقلة انما لا يعقل ما دون
ارش الموضحة اذا كان ذلك بدل الوضوء اما بدل النفس فيجب على العاقلة وان كان اقل من
نصف عشر الدية الا يرى ان قيمة العبد الذي جني عليه خطا يجب على عاقلة الجاني وان كانت مائة او اقل
منه وبدل الجنين بدل النفس كما هو المصرح به في الكتاب فاذا كان القليل والكثير في بدل النفس
سواء في وجوبه على العاقلة لا يستقيم التمسك بايجاب دية الجنين على العاقلة وهي بدل النفس على ان
بدل ما دون النفس اذا كان نصف عشر الدية يكون على العاقلة وان كان دونه يجب في مال الجاني وذلك
ظاهر قوله فمعنى الثابت بالاقرار اولى وقد يقال ما يثبت بالبينة يحتمل الانفساخ بالرجوع ويثبت
بالاقرار لا يحتمل البطلان فاني يكون الثابت بها اولى بالحكم المذكور من الثابت به قوله وما دون
النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال قلت ما دون النفس من الحر ايضا
يسلك به مسلك الاموال كما نص به في غير موضع من الكتاب منها ان الحر الوصي يستوفي القصاص في
الطرف وليس له ان يستوفيه في النفس لان الطرف يلحق بالمال لانه وقاية للنفس كالمال فكان
استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال وله ذلك فكذا هذا كذا ذكر في الجنايات ومنها ما مر في كتاب
الدعوى في باب اليمين حيث ومن ادعى على غيره قصاصا فجحده يستحلف اجماعا فان نكل فيما دون
النفس اقتص منه وان نكل في النفس لم يقتص بل يحبس حتى يقر او يحلف وهذا عند
وهذا عند ابي ح رحمه الله وعندهما يلزمه الدية ولا يقتص بالنكول لان القصاص فيما دون النفس
عقوبة تندرئ بالشبهات فلا يثبت بالنكول كالقصاص وله ان الطرف يحل البذل فيستوفى بالنكول وهذا لان
الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها وقاية للنفس كالمال فيجري فيه البذل كالمال والبذل هذا كلامه
فاعتبار الاطراف كالاموال في القصاص هنا بالنكول عن اليمين وفي استيفاء القصاص فيها للوصي حتى
انه ليس له ان يستوفي القصاص في النفس واعتبارها كالنفوس في ايجاب [illegible] مع انهم لا يضمنون المال في التوقيه

كتاب الوصية

اطراف الحر واطراف العبد يحتاج الى مزيد تأمل والله اعلم **كتاب** الوصايا باقيا في توقيف الوصية
تمليك مضاف الى ما بعد الموت وانه ليس بمنعكس فالتدبير وصية وليس بتمليك وكذا الاقرار بان يحج عنه وصية وليس
بتمليك وكذا الامر بالاعتاق او الاقرار بالتمليك وصية وليس بتمليك بل الاعتاق في مرض الموت والهبة والمحابات
في البيع والشراء وصية وليس بتمليك **قوله** الوصية غير واجبة وهي مستحبة وقال بعض الناس هي واجبة على كل من له شيء
لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الآية ولنا انها مشروعة لنا لا علينا وما شرع لنا يكون مندوبا وهو تبرع
بعد الوفات فيعتبر بالتبرع في حالة الحيوة وما يكون منسوخ او محمول على الاستحباب فان هذه الآية نزلت في الوصية
في حق من ليس باهل للاستحقاق والكفر لانهم كانوا حديث عهد بالاسلام يسلم ولا يسلم ابوه وقرابته والاسلام
قطع الارث فشرع الوصية فيما بينهم لقضاء الحق القرابة من حيث الصورة قوله الا انا استحسنا حاجة الناس
لح فان قلت الوصية مشروعة في حق الكافر حتى لو دخل الحربي دارنا بامان فاوصى يجوز وهذا الوجه الاستحسان
لا يتأتى في حقه قلت الوصية في حقه كانها مستحسنة بالنص وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين فانه
مطلق في حق الكافر والمسلم **قوله** ولا يجوز بما زاد على الثلث قلت هذا اذا تعلق بالزيادة حق الوارث اما
اذا لم يتعلق بها حقه بان لم يكن له وارث او كان ولكن لم يكن مستحقا للثلثين وكما اذا اوصى بجميع ماله لاجنبي
وله امرأته ولا وارث لها غيرها فان اجازت جميع المال للموصى له والا فلها السدس والباقي كلا اجنبي والوجه انا نبدأ
بالوصية بقدر الثلث بقي الثلثان ثم نعطي الارث فيعطى لها ربعه سهم من ستة بقي ثلثه ولا مستحق لها بحكم الارث
فيعطى للموصى له وكذا اذا اوصت بجميع مالها لاجنبي وتركت زوجا لا وارث لها غيره فان اجاز الوصية
فالمال كله للاجنبي بقدر الثلث ثم تعطي للزوج نصف ما بقي وهو الثلث بقي ثلث آخر لا مستحق له بحكم الارث
فيكون للموصى له فما له ثلثا المال **قوله** ولا معتبر باجازتهم في حال حيوته لانها اجازة من غير المالك حقيقة وحكما
فلا يصح كما اذا وجدت من الاجنبي وهذا لان العمل بالاجازة في العقد الموقوف في ازالة الملك وازالة الملك
انما يصح من المالك حقيقة او حكما والوارث قبل موت المورث ليس بمالك حقيقة حتى لو اعتق عبدا من
التركة قبل موت مورثه لا ينفذ لا حقيقة ولا حكما لان الاجازة منه لم يوجد بعد سبب الملك له في التركة لان سببه
موت المورث فانهم يملكون التركة من وقت الموت لا من وقت المرض الا يرى ان ما حدث
من الزيادة قبل الموت بعد المرض يحدث على ملك المورث ولو كانوا يملكونها من وقت
المرض الا يرى يحدث على ملك الوارث فكانت الاجازة من غير المالك حقيقة او حكما فلا يصح بخلاف
الاجازة من المرتهن لانها وجدت من المالك حكما لانها وجدت بعد وجود سبب الملك للمرتهن
في المرهون لان قبضه سبب لثبوت الملك له في المرهون حتى يجعل مستوفيا للدين من وقت
القبض بعد الهلاك وليس كما لو عفو عن جارح ابيهم ولجاز واعفوا بيهم فانه يصح عفوهم لان العفو الا ان
ان وجدت قبل موت المورث حقيقة فهو كالموجود بعد موته حكما لان الموت يستند الى وقت
الجراحة حتى لو كفر بعد الجرح قبل موت المجروح صح بخلاف الموت من المرض فالموت لا يستند الى حالة
المرض الا يرى ان الورثة لا يملكون التركة من وقت المرض فكانت الاجازة منهم قبل موت

المورث من حيث الحقيقة والحكم فلا يصح بل قياس مسئلة الجراحة من مسئلتنا ان لو وجب القصاص
والدية للمورث لا لجراحة المورث بان قتل العبد عمدا او خطاء فقضا الوارث من قبل موت مورثه لا يصح
لان موت المورث هناك اقتصر على حالة الموت ولم يستند الى ما قبل الاجازة حتى يظهر انها كانت بعد الموت
فلا يصح كذا في الذخيرة قلت ويدل على ان الموت لا يستند الى مرض ما لو غصب جارية فحبلت في يده
فردها الى المالك ثم ماتت من الحبل لا يرجع المالك على الغاصب بقيمتها ولو استند موتها الى المرض لرجع
وكذا الوزني بجارية مورثه في مرض موته حد ولو استند الموت واستند الملك باستناده لم يحد
هذا قول المصنف رح غاية الامر يستند عند الاجازة مشكل الا ان يحمل ذلك على تقدير التسليم اي لو
سلم انه يستند فالاستناد انما يظهر في حق القائم فيحمل على القول بعد الاستناد ان ظهر الحجر على المريض
باول المرض ويتوقف تصرفاته ولولا الاستناد لما يثبت الحجر من اول المرض وقد نص الامام فخر الاسلام
رضي الله عنه يتعلق حق الوارث بنفس مرض الموت على ما نفصح عنه فقصح كتابه الا ان يقال اول المرض
وان لم يكن علته للموت الذي هو علته لثبوت خلافة الوارث في كتابه مورثه بل العلة هي ترك الاسم
التي تحدث عند الموت وانها لا يضاف الا اول المرض لانه عرض يحدث شيئا فشيئا فكانها
القائم عند الموت غير الذي كان سابقا عليه ولكنه في الصورة ممتد الى وقت الموت ولهذا اذا قال
امتد مرضه فبالنظر الى الحقيقة قلنا لم يتعلق حق الوارث في ثبوت ملكه ونفاذ صلاحه تصرفاته وبالنظر
الى الصورة قلنا يتعلق حجر المريض عن التصرف فيما زاد على الثلث عملا باعتبارين وانما ثبت
هذا الاستناد شبهة في درء الحد اذ الرأي له انما هو شبهة الملك في حق الملك يثبت لاستناد
الموت الى اول المرض اصلا بل لم يظهر ذلك الا في الحجر في حق الملك الوارث لاستناد اصلا
قوله لا بل نفوذ تعلق الحق اي الملك لان اصل الحق ثابت لهم كذا في الشارح وفيه بحث اذ لو
كان اصل الحق ثابتا لصحت الاجازة لانها حينئذ يكون اسقاطا لذلك الحق ولانه لو كان ولهذا المراد بالحق
هو الملك لكان الحق في قوله لانه بعد ثبوت الحق ايضا هو الملك وذا غير مستقيم اذ الملك متى
يثبت للوارث كانت الاجازة تمليكا منهم كاجازة المالك تمليك الفضولي وذلك خلاف مذهبنا الا
ان يقال معناه بعد ثبوت الحق نظرا الى السبب بخلاف ما قبل الموت فانه قبل ثبوت الحق حقيقة
وحكما على ما حققه في الذخيرة **قوله** لان الساقط متلاشي وذلك ان الاجازة من الوارث بعد
الموت ازالة للملك الحكمي الثابت له بالنظر الى السبب وهو الموت وازالة الملك الحكمي اسقاط لانه
لا يحتمل التمليك من غير تمليك المرتهن **قوله** غاية الامر متصل بقوله اذ الحق ثبت عند الموت كان سائلا
سأل ان الحق ان كان يثبت عند الموت لكن يستند الى اول المرض حتى ظهر هذا الاستناد في حجر
المريض عن التصرفات فيما زاد على الثلث فاجاب بان الاستناد يظهر في حق القائم دون المنقضي وهذا اي الاجازة
قد مضى وتلاشى فلا يظهر الاستناد في حقه **قوله** فلو استند ذلك من كل وجه فيه اشارة الى ما ذكرنا ان الاستناد هنا
ثابت من وجه حتى يظهر في حق حجر المريض وقد لا وجه فيه بطلان الاحتمال لا يكون رضا بطلان الحقيقة يشكل بعفو الوارث

قبل موت المورث المجروح عن بحارح فانه يصح مع ان له قبل الموت مجرد الحق فانما ينقلب حقيقة بعد الموت يوضحه ان الحق
الذي ينقلب حقيقة انما ينقلب اليه اذا بقي فاما اذا لم يبق بان اسقط قبل لن ينقلب حقيقة لا ينقلب الى الحقيقة
بالضرورة فلا يثبت له الحقيقة حتى لا يعتبر رضاه بسقوط الحق في بطلان هذه الحقيقة بل يثبت له الحقيقة اصلاً
بسقوط الحق الذي ينقلب حقيقة قبل ثبوتها قوله وليس من شرط القبض ولو كان من جهة الوارث شرط القبض
كذا في الكافي وفيه نظر لان القبض شرط رحمه الله نص عليه في الكافي فلا يكفي عدم اشتراط القبض دليلا على كونه
وصية من الوارث كيف والاشتراط وعدم اشتراطه مبني على كونه هبة من الوارث او وصية من المورث وقيل معناه
وليس القبض من شرط الوصية ليجعل من الوارث تصحيحا لهذا التصرف حيث لا يمكن القبض من المورث بعد موته
قوله ولا يجوز للقاتل اي قاتل الموصي عمدا كان القتل خطاء لو قتل المدبر مولاه يسعى في جميع قيمته وان كان يخرج
من الثلث قوله بعد ان كان مباشرا للاحتراز عن المسبب كحافر البئر فانه لا يحرم عن وصيته من وقع فيه لان النبي عم
رتب الحرمان على المشتق حيث قال لا وصية لقاتل فيكون ماخذ اشتقاقه وهو القتل علة له والسبب ليس بقتل
في شيء لانه عبارة عن مباشرة الفعل لا يقال الدية ايضا مرتبة على القتل قال الله تع ومن قتل مؤمنا خطاء فتحرير
رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ومع انها لا تختص بالمباشرة بل يجب على المسبب ايضا لانا عرفنا ان الدية
تجب بدل المحل لا جزاء الفعل فلا ترتب على القتل والترتب على المشتق لو كان يوجب عليه اخذ كونه اذل الدليل
على انه غير متعلق به لا يتعلق به قوله لقوله عم لا وصية للقاتل هذا النص باطلاقه يتناول ما اذا اوصى
ثم جرح او جرح ثم اوصى قوله لانه استعجل الى لا يتناول ما اذا كان الوصية بعد الجرح لانه لا يوجد من الموصى له بعد
الوصية فعل يوجب الاستعجال فكان اخص من الاول وقال الشارح رحمه الله لكن القاتل يجعل مستعجلا ولكن بعدم
جرحه لانه انما يعتبر كون الموصى له قاتلا او غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم القتل الموت لا يوم الوصية
فبالنظر الى وقت الموت كان القتل مؤخرا عن الوصية قلت هذا لا ينفع لان النظر الى كونه قاتلا لو كان
وقت الموت لعقد الوصية وعدم تعقيدها فلا شك لكن بهذا النظر لا يتحقق منه فعل يوجب الاستعجال لان
فعله هو الجرح ولا فعل منه بعده الا يرى انه يعتبر بهذا المرمى اليه وقت الرمي لا وقت الوصول والموت
حتى لو كان المرمى اليه مسلما وقت الرمي فارتد وقت الوصول او الموت يجب الدية على الرامي عند ابي حنيفة رحمه
مع لكن النظر الى كونه قاتلا او غير قاتل لايجاب الدية يكون الموت كما في الوصية قوله وقال الشافعي
رحمه الله يجوز هذا اذا كان الجرح قبل الوصية واما اذا اوصى ثم جرح ومات من ذلك فان الوصية تبطل عنده قوله
وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل وهذا يخالف ما ذكر
الشارح رحمه الله من لكن الشافعي رح فرق بين تقدم الجرح على الوصية وتاخره فقال لكن اوصى قبل الجرح ثم جرح بطلت
الوصية ولكن اوصى بعد الجرح صحت لان القاتل في الصورة الاولى مستعجل لما اخره الله تع وفي الثانية غير مستعجل
وهذا ذكر بعض الشارح ثم ها هنا بحث وذلك لكن ما ذكر اولا من قوله ولا يجوز للقاتل لكن كان المراد منه القاتل وقت
الموت سواء كان خارجا قبل الوصية او بعدها فلا لقوله وعلى هذا الخلاف اذا اوصى الى اخره
بعد ما ذكر الخلاف في الفصلين ولكن اراد به ما اذا قتل ثم اوصى فلا يترتب التعليل بالاستعجال على

ما لم

لا يخفى الآن يقال انما صرح بذكر الخلاف فيما اوصى ثم قتل وان كان ذلك مذكورا فيما سبق
تنصيصا على الرد على من قال بالاتفاق على بطلان الوصية في هذه الصورة قوله ولو اجازها
الورثة جاز عند ابي حنيفة رحمه الله بخلاف الوصية للحربي فانها باطلة اجازتها الورثة او لم تجز
مع انه يحارب حكما والقاتل لم يحارب حقيقة لان الحربي ميت في حق اهل الاسلام والميت
ليس باهل للوصية حتى يؤثر اجازتهم ولان الوصية تبرع ونحن نهينا في حق اهل الحرب عن
التبرع قوله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجل الجناية عقوبة
عليه واجيب عنه ان حرمان الوصية ما كان بطريق العقوبة عليه الا يرى انه يستوي فيه الخاطئ في
العامل والخاطئ لا يستحق العقوبة هكذا ذكر في الذخيرة قوله اذ المحققون من ائمة الاصول صرحوا بان حرمان
الوصية عقوبة قاصرة والخاطئ لا يستحق العقوبة الكاملة اما القاصرة فجاز ان يستحقها الا يرى ان حرمان
الميراث عقوبة وقد استحقها وكذا الكفارة تجب عليه وفيها معنى العقوبة بل الجواب ان الوصية شرعت لحق الميت
ليتلافى بعض ما فرط منه من التفريط والوصية للقاتل اكثر ثوابا لانه مقابلة الشر بالاحسان فلو جعل امتناع الوصية
عقوبة حتى لا يصح بالاجازة ايضا لتضرر به الميت بحرمانه عن مزيد الثواب فيكون هذا في الحقيقة عقوبة على الميت
بحجره عن هذا التصرف وفيه الحاق له بالبهائم والمجانين فلما كان امتناع الوصية لذاته بحيث لا يلحقه الاجازة
عقوبة على الميت من وجه وهو لا يستحق العقوبة قلنا امتناعه لحق الورثة فيصح باجازتهم قوله
لكن الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث واعترض بان هذا التعليل
يخالف ما ذكرنا اولا من السنة وهو قوله عليه السلام لا وصية لقاتل والدليل المعقول وهو قوله لانه
استعجل ما اخره الله تعالى اذ السنة تقتضي حرمان الوصية للقاتل مطلقا والدليل المعقول يقتضي لكن يكون
حرمان الوصية للقاتل عقوبة يثبت جزاء لفعله وهو الاستعجال والعقوبات لا ترتفع بالاجازة كالكفارة
وحرمان الميراث ولان الكلام في الوصية بالثلث ولا حق فيه للورثة في ذلك حتى يكون الامتناع لحقهم والجواب
اما عن الاول فلان الوصية تصرف من الموصي في حقه وكل تصرف صادر من المالك في ملكه في محله نافذ بالاجماع
الا اذا تعلق به حق الغير فحينئذ يتوقف على اجازته فبدلالة هذه المقدمة الاجماعية قلنا في قوله عم
لا وصية لقاتل لكن الامتناع لحق الورثة فانهم يتأذون بان يقاسمهم القاتل مال ابيهم فكانه قال لا وصية
لقاتل الا ان يجيز الورثة ولو سلم فيقول انه يشتمل على حقين وحق العبد غالب كالقصاص لان كل
واحد منهما مشروع لورثة الناس وكما يسقط القصاص بالعفو وان كان فيه حق الله تعالى فكذا الحرمان عن الوصية
يسقط باجازة الورثة والله اعلم اذ لو حمل على الامتناع لذاته لانحرف قاعدة الاجماع لان الدليل دليل
المعقول فيحتمل لكن يكون على قول ابي يوسف رحمه الله فلا يرد نقضا عليهما كما هو مروي في بعض الروايات
واما عن الثاني فلا نسلم قوله لان الامتناع لحقهم لمراعات حقهم لينشرح صدرهم ببطلان وصية وعود منفعته
اليهم وهذا هو النكتة الاولى من قوله لان نفع بطلانها يعود اليهم او لئلا يتأذوا بمقاسمتهم القاتل مال
ابيهم وفي التأذي قطيعة الرحم فاذا رضوا انعدم التأذي وهذا هو النكتة الثانية اعني قوله ولانهم لا يرضون لكونه ليس

فاذا

لزالمال كله لهم وصيتهم والامتناع لذلك الحق حتى يرد عليه ماذكر قوله ويعتبر كونه وارثا اوغير وارث وقت
الموت لو اوصى لاخيه ولا ابن له ثم ولد له ابن يصح وصية اخيه بخلاف مالو اوصى لاخيه وله ابن ثم مات ابنه
يبطل وصيته وفي فتاوى قاضي خان ولو اوصى لاخوته الثلثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية
اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن وان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ الاب وللاخ الام و
يبطل للاخ لاب وام لانه لا ارث مع البنت ولو لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للاخ لاب لانه لايورث
مع البنت ولو لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للاخ لاب لانه ويبطل الاخ الاب وام وللاخ لام
لانهما يرثانه وبهذا ظهر ان المعتبر في جواز الوصية هو ان لا يكون محرزا للميراث لا اهليته واما في النفقة
فالمعتبر هو اهلية الارث لا احرازه يعني يعتبر فيها كونه وارثا في الجملة وان كان محجوبا بغيره حتى لو كان
للمعسر خال وابن عم فنفقته على الخال ويحرز ميراثه ابن العم والفرق ان الاصل هو ان المعتبر الاحراز
لان الوارث على الاطلاق هو محرز الميراث واما من اهل الميراث من غير ان يحرزه فهو وارث من وجه دون وجه
فيجب ان ينصرف اللفظ الى الوارث من كل وجه غير انه لا مانع من صرفه الى ما في حديث الوصية لقوله عم
لا وصية لوارث فينصرف اليه اما في نص النفقة من قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فلا يمكن الصرف الى
من هو محرز ميراثه اذ الحاجة الى ايجاب النفقة انما يكون في حال حيوة المحرز المعسر والاحراز انما يكون بعد موته
ولا يعلم في الحال ان المحرز لميراثه بعد موت الخال وابن العم فانه لو مات ابن العم قبل المعسر كان ميراثه
للخال والا كان لابن العم واذا لم يعلم المحرز من غيره تعذر اعتبار الاحراز فبالضرورة يعتبر قيام سبب
الارث في الحال ثم يبطل الترجيح واما الوصية فنفاذها بعد الموت وبعده يعلم المحرز لميراثه من غيره
فيمكننا اعتبار الاحراز وهو الاصل لوجوب اعتباره والله اعلم قوله واقرار المريض للوارث
على عكسه اي يعتبر وارثا وقت الاقرار حتى لو صار وارثا بسبب تجدد بعد الاقرار صح الاقرار ولو ورث
بسبب كان قائما وقت الاقرار لم يصح فلو اقر لاجنبية ثم تزوجها صح ولو اقر لاخيه وله ابن ثم مات
قبل موته لم يصح اقراره للاخ لانه ورث بسبب كان قائما وقت الاقرار فظهر ان اقرار المريض
على عكس الوصية من حيث نفس الاعتبار فان الاعتبار في الاقرار لوقته وفي الوصية لوقت الموت واما
في كيفية الاعتبار فليس الاقرار على عكس الوصية اذ المعتبر في الاقرار حالة الاقرار يعني لو من احرز
ميراثه بسبب قائم وقت الاقرار لم يصح له الاقرار ومن احرزه بسبب حادث صح الاقرار والمعتبر
في الوصية حالة الموت يعني ان من كان محرز الميراث وقت الموت يبطل الوصية في حقه سواء احرز بسبب
قائم عند الوصية او حادث بعدها ولم يحرز ميراثه بعد الموت لا يبطل الوصية في حقه سواء كان سبب الاحراز قائما
وقت الوصية ام لا فظهر ان الوصية على عكس الاقرار في نفس الاعتبار لا في كيفيته لا الاعكسه قوله وفي
الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة وذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم ووجه التوفيق انه ينبغي ان لا يفعل
ولو فعل ثبت الملك لهم لانهم من اهل الملك كذا في الشرح وذكر الشارح رح قبيل هذا ان بطلان الوصية
للحربي لانعدام الاهلية في حق التمول فان الحربي كالميت في حق اهل الاسلام والميت لا يكون اهلا للوصية

فاذا كان الحربي في حكم الميت والميت لا يثبت له الملك بالوصية فكذا الحربي وهذا اباء في التوفيق المذكور
وجوابه ان المشايخ اختلفوا في وجه عدم جواز الوصية للحربي فقيل انه كالميت في حقنا وقيل انا نهينا عن البر
في حقهم فعلى الاول الوصية له باطلة لا يستحق بها شيئا وعلى الثاني لا يجوز ان يوصى له وان اوصى جاز وهم
اختلفوا ايضا فمنهم من حمل المذكور في جامع الصغير والسير الكبير على روايتين ومنهم من وقف على ذكر
ما ذكر فالظاهر ان وقف بين الروايتين فقد جعل النكتة في عدم الجواز النهي عن المبرة في حق الحربي ومن
حمل على الروايتين فكان النكتة عنده هو ما ذكره الشارح رحمه الله من انه كالميت فعلى هذا لا اتفاق في
هذا ولكن المذكور في السير الكبير ان الوصية لاهل الحرب باطلة وصورة ما ذكر فيه لو اوصى مسلم لحربي والحربي
في دار الحرب لا يجوز فان خرج الحربي الموصى له الى دار الاسلام بامان واراد اخذ وصيته لم يكن له من ذلك
شيء وان اجازت الورثة لان الوصية وقعت بصفة البطلان فلا يعمل اجازت الورثة فقد نص على
عدم الجواز في اصل المسئلة وعلى البطلان في الفرع كذا في الذخيرة وهذا حكم الوصية للحربي اما لو اوصى لحربي دخل مات
بامان فهي جائز لان له ولاية تمليك ماله في حيوته فكذا بعد وفاته ثم لا فرق في حقه بين الوصية بالثلث
او بجميع المال لان المسلم انما منع من الوصية بما زاد على الثلث لحق ورثته فان حقهم معصوم ولا عصمة لورثة
الحربي لانهم [illegible] معصوم فلا يمنع عن الوصية بالجميع كذا في الشرح ولقائل ان يقول القياس ان لا
يصح الوصية لانه تمليك مضاف واضافة التمليك باطل الا انا جوزناها لحاجة الى تدارك قوله فات
منه والمحتاج اليه المسلم دون الكافر الا ان يقال [illegible] شرع الوصية هو المسلم والذمي والحربي
الداخل دار الحرب بامان تبع له فيعتبر المعنى الموجب لشرعيتها في حق الاصل دون الكل قوله ولان
الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد اذا لم يكن للميت وارث حيث
قال ولو ان الموصى له اقام البينة ان فلانا مات ولم يدع وارثا واوصى اليه بالالف التي قبل فلان وديعة فقال
الشهود لا نعلم له وارثا والذي قبله المال مقر بالمال يقضى بالمال الالف للموصى له فرق بين هذا وبين ما اذا
كان للميت وارث فان هناك المودع لا يقضى للموصى له بانه اذا كان له وارث لا يمكن ان يجعل
الموصى له كالوارث لما فيه من ابطال وراثة من جعله الشرع وارثا في قدر الموصى به وليس له ولاية اثبات الشرع ع
فيجعل الا بعبارة ثم علينا وان لم يكن له وارث فالموصى له يجعل وارثا لان الموصى اقامه مقام نفسه فما تركه
فهو لغير الوارث وامكن جعله وارثا لانه لا يؤدي الى ابطال ما اثبته الشرع فجعل كالوارث ويد المودع لا
يرفع خصوصية الوارث ولهذا قلنا ان الموصى له حال قيام الوارث لا يرد بالعيب بمنزلة المشتري و
الموهوب له وفي حال عدم الوارث يرد بالعيب كالوارث هذا كله فمتى كان الموصى له كالوارث اذا
لم يكن للميت وارث حتى يرد بالعيب وجب ان لا يشترط قبوله في هذه الصورة والظاهر في قوله الا في مسئلة واحدة
يشعر بان القبول شرط في غير هذه المسئلة مطلقا سواء كان له وارث او لم يكن وايضا ذكر المصنف رحمه الله
في الشهادات ان ملك الوارث متجدد حتى يجب عليه الاستبراء ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على
المورث الفقير قوله الا في مسئلة واحدة فان قلت لما لا يشترط القبول في هذه المسئلة لم يشترطها

اذا اوصى للحمل بشيء ايضا فكيف يصح التفريع على هذه المسئلة قوله بان مسئلة الحمل داخلة في هذه
المسئلة دلالة ولانه لما سقط اشتراط القبول اذا تحقق اليأس عنه بالموت فلانه لا يجب
اذا كان الموصى له ممن لا يتصور منه القبول قلت وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصى
قدم الى آخره وهنا وجه آخر للاستحسان اشير اليه في الذخيرة وذلك ان الوصية يشبه الهبة من
حيث انها تمليك الغير والارث من حيث انها تمليك بالموت فاعتبرنا بالهبة ما دام القبول موهوما
من الموصى له وان اتى وقع اليأس عن القبول في آخر جزء من اجزاء حيوة الموصى له فصار الموصى به
ملكا للموصى له في آخر جزء من اجزاء حيوته فصار الموصى به ميراثا لورثة الموصى له من جهة الميراث
لازم لا يرتد بالرد فان قلت ذكر في الذخيرة قبل هذا ان الوصية اخت الهبة والارث
شرطنا قبول الموصى له عملا بشبهة الهبة ولم نشترط قبضه عملا بشبهة الميراث فلم روعي شبهة
الميراث بعد عدم اشتراط القبض وشبهة الهبة باشتراط القبول فلا حاجة بناء الى اعتبار شبهة الميراث
ثانيا في عدم اشتراط القبض عند وقوع اليأس عنه لانا كفينا مؤنة شبهة الميراث في عدم اشتراط القبض
كيف والقبول لما كان شرطا لرعاية جانب الهبة وجب ان يستوي الحالتان اعني حالة توهم القبول
من الموصى له وحالة عدمه كما في الهبة اجيب بان الوصية واجب التصحيح مهما امكن واذا امكنا اعتبار
شبه الارث والهبة جميعا اعتبرناهما وذلك عند توهم القبول من الموصى له فاشترطنا القبول دون القبض
عملا بالشبهين اما اذا وقع اليأس عن القبول فشبه الارث هو المتعين للاعتبار تصحيحا للوصية بالقدر
الممكن واما الوجه المذكور في الكتاب فلا يعقل فيه معنى سوى ان يقال ان الوصية واجب التنفيذ
بالحاقها بالعقد من العقود حتى يصح الوصية بما يتم به تحيله لحاق لها بعقد المعاقدة وقد امكن الحاقها
فيما اذا مات الموصى له قبل القبول ببيع بشرط الخيار وهبة للمشتري ثم مات المشتري في مدة الخيار فيجب الا
الحاقه به تنفيذا لها بالقدر الممكن اما ما دام القبول موهوما يجعلها ملحقة بالهبة لانها اقرب العقود اليها
بخلاف ما اذا وقع اليأس عنه ثم لا وضح ان يقال ايجاب الوصية وان كان شرط عقد حقيقة فهو في حكم عقد
تام من حيث انه يتوقف على ما وراء المجلس وما يتوقف على ما وراءه الا العقد التام فاعتبرناه
شرط عقد عند توهم القبول وعقدا تاما عند اليأس عنه عملا بالاعتبارين فصح الحاقه بالشرى بشرط
الخيار وثمه اذا مات المشتري لزم العقد فكذا هنا لان كلا منهما عقد يتوقف لزومه على اسقاط الخيار
وبهذا يسقط ان الشرى بشرط الخيار عقد تام وايجاب الوصية عقد ناقص وكيف يلحق الشرط
بالعقد التام والله اعلم قوله بخلاف العبد والمكاتب اذا قال اذا اعتقت فثلث وصية لفلان لان اهليته
مستتمة والمانع حق المولى فيصح اضافته الى حال سقوطه مشكل لان العبد ليس اهلا للتمليك لانه ليس
مالكا للرقبة والتمليك من غير المالك لا يكون والوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك الا من
كان اهلا للملك والرق ينافي المالكية فينافي التمليك نعم هذه وصية معلقة بالاعتاق ولكن التعليق
انما يكون ممن يملك المعلق والحر والعبد لا يملك تنجيز الوصية بان قال اذا مت فثلثي لفلان فكذا لا يملك تعليقها بان قال اذا

اعتقت

اعتقت فثلثي لفلان وقوله ان المعلق بالشرط عدم قبل وجوده فالتمليك المعلق ليس
تمليكا في الحال بل هو عبارة يلزمه ليس الا بمليكه من كان مالكا للعبارة وللعبد عبارة صحيحة فيجب
ان يعتبر اذا اضافه الى حال زوال حق المولى فاما الوصية المنجزة فانما لا يملكها العبد لانه
تعليق التمليك بالموت ومن شرط التمليك ان يكون الظاهر زوال الرق عند وجود
الشرط ووصية العبد ليس كذلك بل الظاهر فيه عدم الزوال اذ هو عبد في الحال فالظاهر
بقاؤه على صفة الرق عند الموت وتمليك العبد باطل فاما اذا علق الوصية بالاعتاق
فالوصية عند وجوده بعد الاعتاق يصير ظاهر الوقوع عند الموت فلا مانع للصحة قوله وتجوز
الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر اي من وقت موت الموصي لا من وقت الوصية
لان وجود الموصى له انما يشترط وقت وجوب الوصية وهو وقت الموت لا وقت الوصية وقوله
اذا ولدت لاقل من ستة اشهر يتعلق بهما جميعا كذا في الشرح قلت ذكر الشارح في اول الكتاب
عند بيان شرائط الوصية ما يدل على ان وجود الموصى له شرط عند الوصية حيث قال ومنها اي من الشرائط
ان يكون الموصى له موجودا حيا وان لم يكن مولودا حتى اذا اوصى للجنين اذا كان موجودا حيا عند الوصية
يصح والا فلا وانما يعرف حيوته في ذلك الوقت اذا ولد لاقل من ستة اشهر حيا هذا كلامه فهذا يدل
على اشتراط وجود الموصى له وقت الوصية وهذا صريح بان الشرط وجود الموصى له وقت الموت دون
الوصية وهذا بناء على اختلاف الروايتين ففي وصايا شرح الطحاوي الوصية بالحمل وللحمل جائزة اذا
علم انه كان موجودا في البطن بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت موت الموصي
وذكر الطحاوي رحمه الله انه يعتبر المدة من وقت الوصية كذا في الذخيرة ثم المراد بما ذكر في الكتاب
من قوله اذا وضع لاقل من ستة اشهر التيقن بوجود الحمل عند موت الموصي او الوصية على اختلاف
الروايتين وذلك لما ذكر في الاصل انه اذا مات الرجل عن امرأة حبلى فاوصى لحملها رجل ثم ولدت
لستة اشهر فصاعدا الى سنتين من يوم موت الزوج صحت الوصية لان التيقن قد يثبت والعكس ثبوته بعلوق
حادث بعد الموت لعدم تصور العلوق من ميت فبالضرورة يثبت النسب بعلوق حادث قبل موت
الزوج فكان الحمل موجودا وقت موت الموصي بالجزم وان ولدت لاكثر من ستة اشهر من يوم موت الموصي
قوله من وقت الوصية الظاهر انه اعتبر المدة من وقت الوصية كما هو رواية الطحاوي قوله اما الاول
اي الوصية للحمل فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا
انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك فان قلت قد سبق في الشرح ان الوصية تشبه الارث من حيث انها تمليك بالموت كالارث
وشبه الهبة من حيث انها تمليك من الغير حتى قلنا بانها لا تمليك قبل القبول كالهبة وتملك من غير قبض كالارث
عملا بالشبهين واذا كان هبة من وجه ينبغي ان لا يثبت استحقاق الوصية للحمل بالشك لان جهة الهبة
يقتضي ان لا يصح للحمل وجهة الارث يقتضي ان يصح فلا يصح بالشك قلنا مبنى الوصية على المساهلة وشرعت للحاجة
ولهذا صحح بالمعدوم على خطر الوجود كالثمر والغلة فاذا دارت بين الثبوت وعدمه نحكم بثبوته دفعا لحاجة الميت

وبطل به الوصية يثبت من دار شركه فانه يجعل له في القسمة معنى الاقرار لها تصحيحا للوصية ادلى قوله
بعض الوجود اى عند نفاذ الوصية وهو وقت موت الموصي فلا يناقض قوله اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت
الوصية فتامل قوله لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية
صح افرادها لان الحمل ليس من اجزائها حقيقة كاليد والرجل فيصح افرادها بالوصية وكذا لانه لا يصح افرادها بها
ان لو كان الحمل من اجزائها حقيقة كما لو اوصى بها الى يدها او رجلها ولكن الحمل ليس من اجزائها حقيقة فصح افراده
بالوصية فكانه كنى بقوله لا يتناول الحمل لفظا عن عدم كون الحمل من اجزائها حقيقة لان التناول اللفظي
لازم لما هو من اجزائها فكنى بانتفاء اللازم عن انتفاء الملزوم والا فلا تاثير في صحة افرادها بالوصية
لعدم تناولها من امارات انها ليس بجزء لها حقيقة فان قلت اذا كان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا
وجب ان لا يصح استثناؤه لانه تصرف في الملفوظ اجيب بانه ان كان لا يتناول الحمل لفظا من حيث
الحقيقة فهو يتناوله لفظا من حيث الحكم فان الحمل جزء منها حتى ينتقل بتنقلها ويتغذى بغذائها وينفصل
عنها بالمقراض ويعتق باعتاقها والتناول اللفظي من حيث الحكم وكونها من اجزائها حكما يكفي لصحة الاستثناء
وهذا معنى ما ذكره في الكافي بقوله كفى لصحة التنزيل منزلة الجزء في الاستثناء كابليس يعني ان الحمل ان لم يكن من اجزائها
فهو منزل منزلة اجزائها فكان من اجزائها حكما فصح استثناؤه كما صح استثناء ابليس من الملائكة اى لكونه في زي
الملائكة وكونه من الملائكة حكما وان لم يكن منهم حقيقة فانه كان جنيا لا ملكا لقوله تعالى وكان من الجن ففسق
عن امر ربه قوله انما يصح افراده بالعقد فيصح استثناؤه اى كل جزء من اجزاء الشيء يصح افراده بالعقد يصح
استثناؤه من ذلك العقد وما لا فلا ذلك ان صحة افراده بالعقد دليل انفصاله عن سائر اجزائه
في حق هذا العقد ومتى صح انفصاله صح استثناؤه بخلاف ما لا يصح افراده بالعقد فان عدم صحة افراده به
دليل انه لا يحتمل الانفصال في هذه العقد عن سائر الاجزاء وما لا يحتمل الانفصال استحال استثناؤه و
بهذا العقد يسقط ما يقال ان البناء يصح ايراد عقد البيع عليه مع انه لا يجوز استثناؤه وذلك ان البناء
ليس بجزء من الدار لا حقيقة ولا حكما اذ الدار اسم للعرصة دون البناء وانما هو من توابعه وصفاته
والمراد بالاصل المذكور هو الجزء الذي يصح افراده او لا يصح لا كل ما ليس بجزء لا حقيقة ولا حكما فاستثناؤه غير صحيح بالطريق الاولى
لعدم التناول والكلام فيما كان اللفظ متناولا له غير انه هل يحتمل الانفصال ام لا فان احتمل في حق عقد صح استثناؤه من ذلك
العقد والا فلا قوله واذا كان ثم تناف الخ يعني باجازة الابنية اذ فرض من المنكر كان في الجحود وذا فكان لغوا كذا
في بعض الحواشي وقد يقال كيف يصح اجازة ابنيته على الوصية التي يمكن دفعها بالرجوع فلا تحقق الالزام قوله
الوصية بثلث المال قوله ولا يضرب ابو حنيفة رحمه الله للموصى له بما زاد على الثلث قلت هذا اذا اوصى بما
زاد وكان ذلك لا يسلم للموصى له الا باجازة الوارث اما اذا اوصى بما زاد على الثلث ولم يتوقف
ذلك على اجازة الوارث فابو حنيفة رضي الله عنه يقول يضرب للموصى له بالزائد على الثلث
ايضا صورته ما اذا ترك امراة لا وارث له غيرها فاوصى لاجنبي بنصف ماله ولامراته بنصف ماله
يعطى للاجنبي ثلث ماله وللمراة ربع ما بقي والباقي يقسم سهمان على قدر حقوقهما وجه ذلك انه بطل الوصية

الاجنبي

الاجنبي بقدر الثلث ويعطى للمراة الميراث ربع ما بقي وصار الحساب من ستة ثلثه بينهما على قدر
حقهما وحق الاجنبي كان ثلثة وقد استوفى في سهمين بقي حقه في سهم نصف ذلك السهم في محل الوصية
ونصفه في محل الميراث وهو يستحق للضرب بالكل لان الوصية في هذه المسئلة حصلت بالنصف وانما
لا يتعلق باجازة الوارث فصار النصف ههنا كالثلث في سائر الوصايا والوصايا اذا اجتمعت في
ثلث وجب الضرب بها في كلها موضع المزاحمة وحق المراة كان في ثلثة وقد استوفت سهما وما استوفت
نصفه من محل الارث فلا يعتبر وصيتها لكونه مستحقا لها بحكم الارث ونصفه في محل وصية الاجنبي
فبقي حقها وصية في سهمين ونصف في ذلك الانصاف فيجعل كل نصف سهما فصار وصية المراة
خمسة اسهم ووصية الاجنبي سهمين فحصلت سبعة اسهم فيقسم الثلثة الباقية سهما على سبعة
اسهم ولا يستقيم فيضرب اصل الحساب وذلك ستة في سبعة فيصير اثنان واربعين ياخذ الاجنبي
الثلث اولا وذلك اربعة عشر واخذ المراة الميراث ربع الباقي سبعة بقي احد وعشرون يقسم سهما
اسباعا لها خمسة اسباع خمسة عشر وسبعان للاجنبي ستة فحصل للاجنبي عشرون وللمراة
اثنان وعشرون كذا في الذخيرة وتوضيحه انه اوصى لكل من الاجنبي وامراته بالنصف ثم بطل
وصية المراة في سدس النصف لكونه مستحقا لها بالميراث لانها استحقت سهما من ستة بحكم
الارث موزعا على النصفين فما اصاب النصف الموصى لها لغا فبقيت لها خمسة اسداس
النصف وبقي حق الاجنبي بعدما استوفى ثلث كل المال في سدسي النصف فيقسمان الثلثة الباقية
على قدر حقهما فيضرب الاجنبي بسهمين والمراة بخمسة اسهم قوله لهما في الخلافية ان
الموصي قصد شيئين الى قوله ويقصد في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلانه قلت هذا يشكل
بما ذكره في الكافي في كتاب الصلح قبيل فصل التبادع حيث قال واذا اسلم في كرين ثم اصطلحا
على ان يزيد المسلم اليه نصف كر بيد الى ذلك الاجل لم يصح الزيادة اجماعا لانها لو جازت لبطلت
من حيث تجوز اذ لو جازت لخرج بعض راس المال من ذلك السلم حتى يجعل بازاء هذه الزيادة
واذا خرج صار دينا على المسلم اليه فيصير كانه اسلم بدين كان عليه واذا لا يجوز واذا لم يجز
هذا فعلى المسلم اليه ان يرد ثلث المال الى رب السلم وعليه كرين تام وهذا عند ابي حنيفة
وعندهما لا يرد شيئا من راس المال وعليه كر بيد لان الخروج بعض راس المال كان حكما بزيادة
فلما لم يصح الزيادة لم يصح اخراج شيء منه فبقي على حاله وله انهما قصدا شيئين اخراج بعض راس
المال من السلم وادخاله في هذه الزيادة والادخال لم يصح ولكن الاخراج قد صح بتراضيهما هذا
كلامه فما ذكر في مسئلة الوصية من تعليله وتعليلهما يقتضي ان يكون الجواب في مسئلة السلم بالعكس
وما ذكر في مسئلة السلم من تعليلين يقتضي ان يكون الجواب في مسئلة الوصية على العكس قوله
فلم يكن متعلقا بعينه حق الورثة فذلك يشكل بما ذكر في ... من ان حق الورثة متعلق
بالضرورة والمعنى فيما بينهم حتى لا يجوز البيع من احد الورثة ولو بمثل القيمة وبالمعنى في حق

غيرهم حتى يجوز بيع عليهم من التركة من غيرهم بغير القسمة وليس لهم ان يردوا البيع فعلى هذا
لم يكن الوصية بالعين متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة ايضا لان حقهم لم يتعلق بالعين في حق
الاجانب بل بمعناها وهي القيمة والوصية انما يكون للاجنبي فلا يكون الوصية بعين من اعيان
التركة واقعة في حق الورثة وجوابه ان حقهم في المرض يتعلق بالصورة والمعنى وفي حق الاجانب
يتعلق بالمعنى دون الصورة فاذا مات فحقهم يتعلق بالصورة في حق الاجانب ايضا الا يرى ان
للورثة ان يستخلصوا العين لانفسهم باداء دين الميت من مالهم وقت نفاذ الوصية
ما بعد الموت فتتعلق الوصية بما تعلق به حق الورثة فيبطل ثم يشكل بان تعلق حق الورثة بعين
التركة لا يربو على تعلق حق الشريك بنصف البيت المعين في الدار المشتركة ثم انه لو اوصى ببيت بعينه
من دار مشتركة صحت الوصية في كل البيت على احتمال ان ينفذ الوصية في عينه بان يقع بعد القسمة في
نصيب الموصي ثم لو وقع في نصيبه يتقدر الوصية في عينه اعتبارا لمعنى الافراد واذا وقع في
نصيب شريكه يظهر صحة الوصية في الضرب بذرعان كل البيت فيضرب الموصى له بذرعان كله والورثة
بذرعان نصف الدار سوى البيت على ما هي تحقيقه فكذا اذا كان اوصى بعبد بعينه لانسان قيمته
الفان ولا مال له غيرهما ويجب ان يضرب كل واحد من الموصى لهما بقدر قيمة عبده الموصى به في
الثلث باعتبار احتمال نفاذ تلك الوصية بان خرج له مال فيخرج العبدان من الثلث ولا يمنع
من الصحة الظاهرة في الضرب تعلق حق الوارث كما لا يمنع منها تعلق حق الشريك فاما الفرقة
فمشكلة والله اعلم قوله ولو اوصى بنصيب ابنه الى آخره قلت لو اوصى الرجل بنصيب
بنت لو كانت وترك ابنا واما فللموصى له خمسة من سبعة عشر وللام سهمان وللابن عشرة
وان اوصى بنصيب ابن آخر لو كان وترك زوجة وابنا فللموصى له سبعة من خمسة عشر وللمرأة
سهم وللابن سبعة وان اوصى لرجل بنصيب ابن لو كان وترك اخا وبنتا واجازا فللموصى له
ثلث المال وان لم يجز فله الثلث وفي مثل هذه المسائل كثيرة وهي على قياس مسئلة الكتاب مقيدة
بما اذا كان الابن موجودا فلا يشكل انه اذا كان معدوما يشكل بان تصحيح الوصية واجب
ما امكن تحصيل المقصود الموصي وقد امكن تصحيحه بارادة التقدير وهذا كما صحح الوصية فيما
اذا اوصى احد الشريكين واخذ بارادة التقدير من البيت على ما هي تحقيقه الا ان يقال نصيب الابن
هو ما يصيب بعد الموت مجهول القدر والمجهول لا يصلح للتقدير قوله فله اخس سهام الورثة
الى قوله ولا يزاد عليه قلت ذكر في المبسوط اذا اوصى لرجل بسهم فله اخس سهام الورثة
الا ان يكون اقل من الثلث فحينئذ يعطى السدس فعلى رواية الاصل جوز ابو حنيفة رح النقصان
عن السدس كذا في الكافي ولفظ الكتاب لا يوافق الروايتين حيث لم يجوز الزيادة على السدس
ولم يجوز النقصان عن السدس كذا في الكافي ولفظ الكتاب لا يوافق الروايتين حيث لم يجوز الزيادة
على السدس بقوله ولا يزاد عليه ولا النقصان عنه لقوله يتم له السدس اللهم الا ان يحمل

قوله

قوله ولا يزاد عليه متعلقا بقوله فيتم السدس فحينئذ يتم له السدس ولا يزاد عليه في صورة
النقصان فحينئذ يوافق رواية الجامع الكبير قوله وله ان السهم هو السدس هو المروي عن
ابن مسعود رض وقد رفعه الى النبي صلعم فيما روي ان رجلا اوصى بسهم من ماله فقضى رسول الله صلعم
بالسدس ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد
سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا هذا التمسك مشكل اما اولا فلان التمسك بما روي ان النبي
عم قضى بالسدس فيمن اوصى بسهم من ماله هو السدس لا يزاد عليه ولا ينقص عنه والمدعى
ان الواجب هو اخس السهام بالغا ما بلغ فلان قوله ان السهم هو السدس بضمير الفصل
وتعريف الجزئين بلام التعريف الموجب لحصر المسند اليه على المسند يشعر بكون السهم هو السدس ليس
الا فيجب ان لا يكون له في الوصية بالسهم سوى السدس فذلك خلاف المطلوب واما ثانيا فلان قوله
ولانه يذكر ويراد الى آخره اما دليل آخر على ما ادعى من ان له اخس السهام لكنه ان انتقض عن
السدس عطفا على قوله هو المروي عن ابن مسعود رض فاما ما ذهب لا ينتج المطلوب لان كون
السهم في اللغة عبارة عن السدس وكونه مستعملا في سهم من سهام الورثة وانه يقتضي ان يوخذ
بالمتيقن وهو السدس فيما اذا كان اخس السهام اكثر من السدس واخس السهام فيما اذا كانت اقل
منه لا ان يجب اقل السهام بالغا ما بلغ غير انه ان ينقص عن السدس يتم له الا ان يقال ان الوصية
يشبه الميراث وليس بميراث حقيقة وقد ثبت ان السهم في اللغة هو السدس وفي الميراث خاصة
احد سهام الورثة فمن حيث انها ليست بميراث حقيقة يجب ان يراد بالسهم الموصى به السدس
وانه في اللغة هو السدس وهو الذي يراد به في غير الميراث فيجب السدس مطلقا ومن حيث
انها يشبه الميراث والسهم اذا استعمل في الميراث يراد به احد سهامهم فيجب اخس سهامهم
زاد على السدس او ينقص عنه فعملنا بجهة الحقيقة والشبه جميعا فقلنا لما زاد على السدس
يجب اخس سهام الورثة عملا بجهة الشبه بالميراث الموجب لصرف السهم الى احد سهام الورثة
ثم العمل بالاقل المتيقن وقلنا يعطى له السدس اذا كان اخس السهام ما دون السدس عملا بجهة الحقيقة
الموجبة لصرف السهم الى السدس والقياس يقوي المجتهد واما قضاء النبي صلعم بالسدس فيمن
اوصى بسهم من ماله فلا يقتضي ان يجب السدس على الاطلاق لان قضاءه عليه السلام فعل والفعل
ليس له اطلاق ولا عموم وجاز ان يكون القضاء به فيما اذا كان اخس سهام الورثة اقل من السدس
فتم السدس او كان اخس السهام هو السدس قوله غير ان الجهالة لا تمنع الوصية اي سميناها
والقياس ان يمنعها لانه تمليك مضاف وتمليك المجهول باطل لكن لما وجب تصحيح الوصية بالقدر
الممكن الحقناها بالاقرار بالمجهول واقمنا الورثة مقام المورث في البيان استحسانا تصحيحا
للوصية والا فهم لا يقومون مقامه في بيان الاقرار بالمجهول الصادر من الموت واما اذا اوصى
للمجهول باطل فلا يصح الالحاق به فلم نجد لتصحيحهما سبيلا فبطلت قوله ولنا ان في الجنس

لو اوصى بنصيب بنت

الواحد الى آخره اعلم ان عبادا تم في بيان الفرق بين الجنس والاجناس المختلفة مختلفة فذكر في الكافي
والفرق ان ما يحتمل القسمة فتسمية الجزء من الجملة وتسمية قدر منها سواء ولولا ذلك لم يكن للقاضي حق
الجبر في القسمة ولم يكن له ان يعتق حق احد الشريكين في درهمين في درهم واحد وعلى ما صار للقاضي بهذه
الولاية ثبت ان الجزء من الجملة بمنزلة قدر منها ولو سمى درهما من ثلثة دراهم لوجب تسليم ما سمى لانه درهم
ما سمى والمال المشترك انما يهلك على الشركة اذا استوى الحقان واما اذا تقدم احدهما فالهلاك
تصرف الى المؤخر حقه كما لو كان في التركة دين ووصايا وورثة ثم هلك بعض التركة يصرف الى الموخر
حقه وهو اصحاب الوصايا والورثة لان الدين مقدم على الكل وهذا الوصية مقدمة على الارث فينصرف
الهلاك الى الارث فذكر الامام المحبوبي رح عليه ان حق الموصى له مقدم في التقييد على حق الوارث
والمال المشتمل على اصل وربح اذا هلك شيء منه يصرف الهلاك فيه الى الربح كمال المضاربة يصرف
فيه الهلاك الى الربح لا الى راس المال فكذا هنا يصرف الهلاك الى نصيب الوارث الذي هو ربح
بخلاف الاجناس المختلفة لانها لا تقسم قسمة واحدة فيتعذر صرف الهلاك الى نصيب الورثة
لان في كل نوع قسمة فيقع المال في مشترك وفي نظر لان الوصية اذا كانت مقدمة على الارث كتقدم
الدين عليه او كان حق الورثة كالربح في مال المضاربة وان يستحق الموصى له ما بقي ان خرج ذلك
من ثلث ماله او لم يخرج وغاية ما يمكن ان يقال ان حق الموصى له مقدم والاقرار لا في التعلق حتى ان
حقه لا يمنع تعلق حق الوارث اصلا لكنه تقدم في تعيين الحق بمعنى انه يجب تسليم فلان الموصى به
اولا ثم تقسم التركة بين الورثة بحيث امكن القسمة وجب تقديمه ومتى قدمناه في القسمة وعينا حقه
في الباقي صار كانه اوصى له بهذا الثوب ابتداء ولو كان اوصى له ابتداء كان له ذلك ان خرج من الثلث
والا فبقدر الثلث بخلاف ما لا يمكن القسمة فيه حيث لا يمكن له تقديمه في القسمة فيبقى على الشركة بالضرورة
واما رب الدين فحقه مقدم على حق الوارث في التعلق حتى يمنع تعلق حق الوارث اذا كان مستغرقا فمع
وجود الارث لا يتعلق حق الوارث اختلف الجنس او اتحد فبالضرورة يصرف الهلاك هناك الى حق
الوارث مطلقا بخلاف حق الموصى له فانه مقدم في القسمة دون التعلق فيظهر التقدم فيما يحتمل القسمة
دون ما لا يحتمله فيصرف الهلاك الى حق الورثة في متحد الجنس دون مختلفه ثم الاوضح ان يقال في الفرق
ان ما لا تفاوت بين افراده اصلا كالمثليات او قل التفاوت بين افراده كالغنم والابل فجميع افراده
في الحكم كشيء واحد لو اوصى بثلث شيء فهلك ثلثاه ينفذ الوصية في الثلث الباقي ان خرج من ثلث
كل المال وكذا لو اوصى بثلث اشياء متعددة هي في حكم الواحد باعتبار عدم التفاوت بين
افراده وقلة فهلك ثلثاه ينفذ الوصية في الباقي ان خرج من الثلث يجعل الوصية في الباقي ان خرج
من الثلث تنفذ الوصية بالقدر الممكن لان مبناها على الاحتياط حتى يجعل فيها المعدوم كالموجود
والمغلوب كالغاصب تصحيحا لها بالقدر الممكن فاما ما يكون التفاوت بين افراده فاحشا
فلا يمكن ان يجعل الكل كشيء واحد بل يجب ان يعتبر كل فرد كان ليس معه غيره فالوصية

بثلثها

بثلثها كالوصية بثلث كل فرد على حدة ولو اوصى بكل فرد على حدة فهلك بعضها هلك ما فيه من الوصية وبقيت
الوصية بثلث ما بقي فكذلك كالوصية بثلث الرقيق او الثياب المختلفة او الارقاء فتامل بهذا مما سنح به خاطري
والله اعلم قوله والوصية مقدمة لجمعناها في الواحد الباقي قلت بهذا يشكل ما سبق اذ لا تم
لاثبات تركه الاثبات الغاية اقر احدهما اقر بثلث شايع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقر بثلث ما في يده
بخلاف ما اذا اقر احدهما بما في يده لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه عليه بتقدم اما الموصى
له بالثلث فشريك الوارث فلا يسلم له شيء الا وان يسلم للورثة مثلاه هذا كلامه ولو كانت الوصية مقدمة
كما ذكر هنا وجب ان يتحد الجواب في الاقرار بالوصية والاقرار بالدين في المسئلة المذكورة وجوابه بنحو
ما ذكرنا من الفرق بين حق الموصى له وحق الدائن فتامل قوله ومن اوصى لزيد وعمرو فاذا عمرو
ميت فالثلث كله لزيد وقد يشكل الفرق بين هذا وبين اذا اوصى بالثلث لموالي بني فلان فاذا له
مولى واحد يكون له النصف وكان النصف الآخر مردودا الى الورثة ووجهه ان قضيته قولنا لموالي فلان
يكون لكل واحد من الموليين نصف الثلث كقولنا بين زيد وعمرو ميت فلا يستحق الموجود الا النصف ضرورة
انه لم يوصف له الا بالنصف فلا يستحق الزيادة بخلاف ما اذا قال اوصيت لزيد فقد تمت الوصية بثلث
المال لزيد ثم العطف مغير والكلام ان كان يتوقف على آخره اذا كان في آخره ما يغير اوله ولكن العطف
هنا لا يصلح مغيرا لعدم الاهلية فبقيت الوصية بالثلث لزيد بلا مزاحم فيستحق الثلث بتمامه وقد يقال
في الفرق انه يكتفى لصحة الوصية وانعقادها بتوهم وجود الموصى له وقت الايصاء انه لو اوصى لاولاد
فلان ولم يكن له ولد وانما ولد له بعد الوصية قبل موت الموصى فالوصية له صحيحة صرح بذلك في المبسوط
وكذا الوصية للحمل جائزة اذا علم وجودها وقت موت الموصى فينعقد الوصية بالكل عوالية ثم اذا لم يكن
حالة الموت الا مولى واحد ينتصف ضرورة كما اوصى لزيد وعمرو ثم مات احدهما بخلاف ما اذا كان
احدهما ميتا حيث لا يتوهم وجود الميت حالة الموت فلا ينفذ الوصية له فيكون كل الايجاب واقعا للحي
فيستحق كل الثلث ولكنه غير سديد لانه اذا اوصى لزيد ولولد بكر وله ولد فمات ولده قبل
موت الموصى فالثلث كله وان لم يمت الموصى حتى ولد لبكر عشرة اولاد ثم مات الموصى فالثلث بين
زيد واولاد بكر على عدد رؤسهم لان الموصى له اذا كان غير معين يعتبر صحة الايجاب يوم موت الموصى
ويوم موته لبكر عشرة اولاد فيقسم الثلث على احد عشر سهما كذا في الذخيرة والكافي فعلم ان انعقاد
الوصية لاكثر من واحد فيما اذا كان الموصى له غير معين زيد لا يوجب التنصيف اذا لم يكن احدهما موجودا
عند الموت قوله بخلاف ما تقدم وهو قوله اوصيت لفلان وفلان لان العطف يقتضي التشريك
في الحكم المذكور والمذكور وصية بكل الثلث والتنصيف بحكم المزاحمة فاذا زالت المزاحمة يتكامل كذا
في الكافي وهو مشكل اما اولا فلان المزاحمة انما تكون بالاستحقاق وانه في الوصية بعد الموت حتى يعتبر
وجود الموصى به عنده لا قبله فلو كان كل من المعطوف والمعطوف عليه حيا وقت الوصية ثم مات المعطوف
قبل موت الموصى لزم ان يكون الثلث كله للمعطوف عليه كما اذا كان ميتا حين الوصية وانما ثانيا

فلا اذا كان مقتضيا للشريكين في عين الحكم لزم ان يكون قولنا لفلان وفلان كقولنا اوصيت بالثلث
لفلان اوصيت وليس كذلك فان الثاني لو كان حيا حين الوصية قبل موت الموصي كان للاول نصف
الثلث في قولنا اوصيت لفلان وفلان وكل الثلث في قولنا اوصيت لفلان بالثلث اوصيت لفلان
غيره واما ثانيا فلانه لو كان المذكور اعني قولنا اوصيت بالثلث لفلان وصية كل الثلث للاول
وكله للثاني كما هو بخصوصه ان يكون كل الثلث للاجنبي فيما اذا اوصى لفلان وفلان والثاني وارثه كما لو
قال اوصيت لفلان ثم قال اوصيت لفلان وليس كذلك بل ليس في صورة العطف للاول الا النصف
على ان العطف في حكم البنية وارثه بلفظ الجمع قوله لان الوصية عند استخلاف مضاف الى ما بعد الموت
وثبت حكم بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله فان قلت الوصية التمليك بالموت معنى
وشرط صحة التعليق ان يكون الجزاء فاذا عند وجود الشرط يقينا او غالبا وفي الظاهر غالبا في الظاهر
انما يبقى منكوحة عند وجود ايضا لانها في نكاحه في الحال والظاهر في كل ثابت بقاءه اما لو قال لاجنبية
ان دخلت الدار فانت طالق فهذا تعليق باطل حتى لو نكحها ثم دخلت الدار فانت طالق فهذا تعليق
باطل حتى لو نكحها ثم دخلت الدار لم يطلق لان الجزاء فيه ليس بنازل عند وجود الشرط لا قطعا
ولا ظاهرا بل الظاهر عدم النزول لانها ليست في ملكه في الحال والظاهر في كل ثابت بقاؤه اما لو
قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق فهذا تعليق باطل حتى لو نكحها ثم دخلت الدار لم يطلق
لان الجزاء فيه ليس بنازل عند وجود الشرط لا قطعا ولا ظاهرا بل الظاهر عدم النزول لانها
في ملكه في الحال والظاهر في كل ما هو ثابت في الحال ان يكون كذلك في ثاني الحال فعلى هذا يجب ان لا
يصح تعليق التمليك بالموت الا وان يكون الجزاء ظاهر الوقوع عند وجود الشرط وان يكون كذلك
الا وان يكون المال الموصى به في ملكه في الحال لكونه وجوده بعد الموت ظاهرا الخلاف ما اذا لم يكن موجودا
عند الوصية لان الظاهر فيه عدم نزول الجزاء عند وجود الشرط ومثل هذا التعليق باطل في مخرجه
كتعليق طلاق الاجنبية بدخول الدار مثلا وبين تعليق تمليك المال المعدوم في الحال على الموت في
ان الاول باطل والثاني صحيح اذ الجزاء فيما ليس بظاهر النزول عند نزول الجزاء شرط صحة
التعليق اجيب بان الوصية بالمال وليس له مال انما يصح اذا اوصى بمطلق المال ووجود
مطلق المال عند موت الموصي غالب اذ المرء في العادة لا يخلو عن ان يترك شيئا من المال والغالب
في حكم المتيقن وكان كتعليق المنكوحة دون الاجنبية حتى لو اوصى بمال بعينه لا يصح الوصية اذا كان
ذلك المال موجودا في ملكه حتى لو اوصى بدار لغيره ثم ملكه لا ينفذ وصيته فان قلت كما يصح الوصية
بمطلق المال يصح بنوع خاص من المال اذا كان شايعا كجواز ان يوصي بغنم او شاة مع ان تملك النوع الخاص
من المال ليس بغالب اجيب بان في جواز الوصية بنوع الخاص شايع اذا لم يكن ذوا بيان
قلنا ان عنع ولو سلم فيملك نوع خاص غالب بالنسبة الى فرد خاص ومعنى الوصية على النوع فاعتبر
فيه الغالب ولو بالاضافة الى الغير كالمتيقن بخلاف المعين الخاص كدار وفرس لغيره فان تملكه ليس

بغالب اصلا قوله والصحيح ان الوصية تصح لان الوصية لو كان بلفظ المال يصح فكذا اذا كان
باسم فرع بان الموصى اليه اذا كان معينا يعتبر لصحة الايجاب وجوده يوم الوصية حتى ان من اوصى
بعتق ثم ملكه لا يصح واذا كان في ملكه يوم الوصية فالوصية يتعلق به حتى لو هلك يبطل الوصية ومتى كان
الموصى به يوم الوصية ومتى كان الموصى به غير عين وهو شايع في جميع التركة يعتبر لصحة الايجاب وجود
الموصى به يوم موت الموصي واذا كان الموصى به موجودا في ملك الموصي فالوصية لا يتعلق به حتى لا يبطل
بهلاكه فذلك ان الميت لما اوصى بشيء غير عين وهو شايع في جميع المال فقد جعله كاحد الورثة لان الوارث
هو الذي يثبت حقه في جميع المال شايعا والوارث انما يرث مال المورث يوم الموت لا ما كان قبل الموت وثم
فكذا الموصى له بخلاف ما اذا اوصى بعين او شايع في بعض التركة حيث لم يجعله كالوارث لان حق الوارث شايع
في جميع التركة وحقه اما عين او شايع في بعض التركة فكانت الوصية في هذه الصورة معتبرة بالهبة فيتعلق
بالموجود يوم الوصية كالهبة يتعلق بالموجود وقت الهبة فهذا اظهر ان قياس ما يكون باسم النوع شايعا
في بعض التركة على ما يكون باسم المال في جميع التركة غير صحيح لان الموصى له في الاول كالوارث وفي الثاني
كالموهوب له وبعبارة اخرى ان الموصى به اذا كان شايعا في بعض التركة كالموصى له يشبه الوارث من حيث
ان حقه لم يتعلق بجميع المال شايعا كحق الموهوب له فباعتباره بالوارث يوجب ان يستحق ما كان موجودا
يوم الموت دون الوصية واعتباره بالموهوب يوجب ان لا يستحقه فلا يثبت الاستحقاق بالشك هذا
ولكن لقائل ان يقول ان حق الوارث كما يثبت شايعا في كل التركة يثبت شايعا في بعضها كما اوصى بعين
من اعيان التركة لرجل وللموصي وارثان يثبت من وارثه حق شايع في بعض التركة اولا يتعلق حقهما
بعين اوصى بها لغيره وربما يثبت حق الوارث في عين ايضا كما اذا ترك وارثا واحدا ولم يوص لاحد بشيء
من ماله فلا وجه لاعتبار الموصى له كالموهوب وكالوارث فيما اذا كان شايعا في كل التركة قوله
قصدا والمعتبر قيامه عند الموت ولقائل ان يقول هو فصل لكن فيما اذا كان الموصى له كالوارث وذلك
فيما اذا كانت الوصية شايعا في جميع التركة اما اذا كان كالموهوب له كما اذا اوصى بعين فانه يعتبر وجود
به فيه يوم الوصية وفيما اذا اوصى في بعض التركة الموصى له كالموهوب له من حيث ان حق كل واحد
منهما ليس بشايع في الكل فلا يكون وجود الموصى به وقت الموصي فضلا قوله واحد ان الوصية
لامهات الاولاد جائزة لانها ايجاب مضاف الى بعد الموت حرا كذا في الكافي وهو مشكل لان كونه
يوم بعد الموت هذا انه لو اوصى لمواليه لا يدخل في الوصية مدبروه وامهات لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت
والوصية مضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله ليثبت الاستحقاق وعن ابي يوسف انهم يدخلون
في الوصية لان سبب الاستحقاق لازم في حقهم فينطلق اسم الموالي عليهم هذا لفظه ولا شك ان الحرية لامهات
الاولاد وثبوت الاسم الموالي لهن في زمان واحد وكل منهما شرط للاستحقاق اذ الحرية شرط لثبوت الاستحقاق
امهات الاولاد الوصية فيما اذا اوصى لامهات اولاده او الوصية لاقاربه بعد ارقائهم باطلة واسم الموالي
زمان تحقق الوصية ايضا شرط الاستحقاق فيما اذا اوصى لمواليه ثم ثبوت الحرية لهن يكفي لاستحقاقهن

الوصية فكذا بثبوت اسم المولى لهن يجب ان يكون لاستحقاق اولى لا يكفي بثبوت اسم الموالي لهن يجب ان لا يكفي
بثبوت الحرية لهن ايضا اما ان يكون احدهما دون الآخر مع كونهما مشروطين يثبت ان في زمان واحد فلا وجه
يوهم لذلك الا ان يقال طول الوصية وزمان تحقق الحق في ام الولد وان كانا والمتقاربان وان لم يتقدم
احدهما الآخر فطل منهما شبهة التقدم فيعتبر هذه الشبهة كالمحقق عند توقف صحة الوصية عليه لان مبناها
على الاحتمال حتى يعتبر فيها المعدوم موجودا والمرجو راجحا على ما سيأتي في اسار الحامل والوصية لامهات
الاولاد لا يصح الا بان يعتبر حريتهن سابقة على الوصية لهن ولو شبهة التقدم فيعتبر متقدما تصحيحا لها بخلاف
الوصية لمواليه فان صحة هذه الوصية لا تتوقف على اعتبار تقديم اسم المولى في مدبره وام الولد سابقا على زمان
وصيته لانها وصية صحيحة في نفسها حتى لو كان له معتق يدخل في هذه الوصية ولا يتوقف صحتها على اعتبار
المقارنة متقدما فلا يصار اليه من غير حاجة وقد ذكر في الذخيرة ان القياس ان لا يصح الوصية لام الولد لانها
تملك مضاف الى ما بعد الموت وبعد الموت مولاها حال طول العين والعين يحلها وهي امة والوصية
لامة بغير رقبتها باطلة الا انا جوزناها استحسانا لان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا الى حال حاصل
العين بدلالة حال الموصي اذ الظاهر من حاله ان يقصد وصية صحيحة لا باطلة والوصية لام الولد انما تصح
لو كانت مضافة الى ما بعد الموت عتقهم وهي في حق غيرهم من الفقراء والمساكين مضافة الى ما بعد
الموت فلم يصح الجمع بين وصيتهم ووصية غيرهم بايجاب واحد فيما لو قال اوصيت لامهات اولادي وللفقراء
والمساكين لاستحالة ان يكون الايجاب الواحد مضافا الى وقتين مختلفين وحيث صحت فلكل علم ان الوصية
في حقهم كهي في حق غيرهم وايضا اذا اوصى بثلث ماله لعبده عتق ثلثه بعد موته عند ابي حنيفة رضي الله
لانه من جملة مال الميت فملك ثلث نفسه كما تملك ثلث سائر امواله ومن ملك نفسه عتق وسعى في ثلثي قيمته
للوارث ويملك ثلث سائر امواله لانه كالمكاتب عندهم والوصية للمكاتب صحيحة وعندهما يعتق كله
ويبدأ بما يعتق من الثلث فان فضل شيء دفع اليه وهي فرع تجزي الاعتاق كذا في الكافي ولا يخفى ان
الوصية بثلث من حيث ان ثلث نفسه من جملة ثلث ماله والوصية بثلث ماله مضافة الى ما بعد الموت
لا الى ما بعد العتق لانه يثبت في صحة الوصية بثلث المال مضافة الى ما بعد الموت فردا الى تقدم العتق
على ما يوجبه وانه محال فلا بناء في الاستحسان المذكور في امهات الاولاد وهنا **قوله** لان المدعي
لا يصدق الا بحجة وقد يقال تصديق المدعي ان كان لا يجب قضاء فهو واجب لانه ان كان محقا في زعم
المدعى عليه والوجوب ديانة يكفي لصحة الامر والدعوى في الشركة على المورث ولكن الوارث خصم عنه
لقيامه مقامه فيجب ان يامرهم بالتصديق اذا كان المدعي محقا في دعواه والله اعلم **قوله** فاذا اقروا
بشيء ظهر ان في التركة دينا شايعا في النصفين فيوجد اصحاب الثلث ثلث ما اقروا والورثة ثلث ما اقر
بتغيير الاقرار كل فريق بقدر وهذا اشكل بما اذا مات وترك ابنا ثم اقر احدهما بدين مستغرق جميع ما في
يده حيث يأخذ المقر له جميع ما في يده لان الدين مقدم على الميراث فيكون متقدما عليه فكذا هنا لا ظهر في
التركة دين ثابت بالاقرار والدائن مقدم على الوارث يجب ان يأخذ المقر له من الفريق المقر جميع ما اقر

ان كان

ان كان الآخر مكذبا وان يأخذ المقر له من الفريق المقر عليهما اقر ان كان الآخر مكذبا وان كان مصدقا في بعض ومكذبا
في البعض يجب ان يكون ما يصادقا عليه في ماليهما على قدر حقهما يوجد الزيادة من المقر بهما لانه اقر بالدين فيكون
اقرارا فيقدم المقر له عليه **قوله** والوارث من اهلها فافترقا وقد يشكل بما اذا اوصى بثلث ماله
لزيد وعمرو ثم اختلف ثم عمرو وصية يكون لزيد تمام الثلث على ما ذكر يجب ان يكون لنصف الثلث لان الوصية
قد انعقد لعمرو في حق الموصي لانه تبرع فاقسم بالمتبرع كالهبة غير انها تبطل بالرد كما انها ينعقد في حق الوارث
ثم يبطل بالورثة **قوله** واذا كانت الدار بين رجلين فاوصى احدهما ببيت بعينه قلت ان في هذه المسئلة
اشكالا في ستة مواضع الاول في **قوله** في والموصى له مثل ذرع البيت وذلك انه يناقض ما سيأتي
من ان البيت اذا وقع ثمن بينهم والدار مائة اذرع والبيت عشرة اذرع يقسم ما وقع في نصيب الموصي
على احد عشر سهما عندهما فلو كان للموصى له مثل ذرع البيت لكان ينبغي ان يقسم على خمسة اسهم سهم للموصى
واربعة اسهم للورثة وجوابه ان المراد بقوله مثل ذرع البيت انه يصح الوصية بمقدار ذرعه ضربا لاستحقاقا
وان كان لا يخرج من الثلث لان صاحب الالف يضرب في الثلث بالف وصاحب الالفين يضرب فيه
بالالفين فيكون الثلث بينهما اثلاثا بطريق العول فكذا هنا يصح في مقدار ذراع البيت ضربا يصير انقص من ذلك
لضرورة التقسيم بطريق العول الثاني في قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وذكر انه هذا كما ذكره
المصنف رح في كتاب القسمة ان الافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر
في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر والعروض فيوهم التوفيق بينه واجاب الشارح فقال
ووجه ما ذكر هناك ايضا بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض بقوله الا انها اذا
كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء والذي نحن فيه من جنس واحد الى هنا
لفظه وفيه نظر ما اولا فلما ذكر في الكافي في كتاب الدعوى فقال دار ثلث مات احدهم وبرز رجل انه
اخ الميت وقضى له ثم ادعى اخر انه ابن الميت وكذبه الاخ وصدقه الشريكان فلا سبيل له على ما في يد
الاخ قبل اقامة البينة لانه مكذب وبمجرد الدعوى لا يستحق شيئا وان اراد ان يدخل مع الشريكين في نصيبهما
باقرارهما لم يكن له ذلك كان القاضي جعل نصيب الميت في يد اخيه بقضائه فهما وان اقرا بانه ابن الميت فانما
اقرا بنصيب الميت وليس في ايديهما شيء من نصيب الميت فلا سبيل له عليهما قبل القسمة بقضاء او بغيره
يدخل الابن في نصيبهما لان القسمة في غير المثليات مبادلة حكما وكان بعض مال الميت في ايديهما عرضا فلو
كان لهما كما لو اخذا الا في بلادهم فانه يدخل في نصيبهما قبل القسمة لانهما اقرا انه عقب من الثلث شائعا اذا
نفذ الحسي اذ يرد على البعض المعين على جملة الباقي في الباقي مشتركا بخلاف المثل اي اذا كان كان
مثليا كالمكيل والموزون لا يشاركهما الابن اقرار محض هذا كلامه فقد اعتبر قسمة الدار مبادلة لا افرازا
وبه لا صرح المصنف رحمه الله والشارح رح في كتاب الوقف فقال المصنف رح فيطلب الشريك القسمة
فيصح مقاسمته متناع التملك فلا بيننا واما جواز القسمة فلانه تمييز وافراز غايته الامر ان الغالب في غير المكيل
والموزون معنى المبادلة الا ان في الوقف جعلنا معنى الافراز نظرا للواقف فلم يكن بيعا وتمليكا وقال الشارح رح

قوله لان يكون متاعا استثناء من قوله لم يجبر بعضهم على الطريق الا تساع لان القسمة ليست
من انواع البيع ولكن المبادلة راجحة في العروض بخلاف المكيلات والموزونات فان معنى الافراز والتميز
راجح فيها ولما كانت المبادلة راجحة في قسمة العقار وجود استثناء حاضر البيع الموجود معنى
البيع من وجه فهذا تنصيص من المصنف والشارح رح على ان معنى المبادلة في الحيوان والعروض هو الغالب
وان كان من واحد وان معنى المبادلة في قسمة العقار راجح فلا يصح ان يحمل قوله في كتاب القسمة
ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض على ما اذا لم يكن من جنس واحد كما ظن الشارح رح
واما ثانيا فلان ما ذكره الشارح رح هنا يخالف ما ذكره في كتاب القسمة رواية من جنس يخالف ما ذكر
ورواية حيث قال عند قوله ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة اي في جميع الصور سواء كانت في ذوات
الامثال او غيرها لكن في ذوات الامثال معنى الافراز راجح لان ما يقبض كل واحد نصفه ملكه من الاصل
تحقيقا ونصفه ملك صاحبه من جهة صاحبه بالقسمة الا ان ما اخذ من نصيب صاحبه في ذوات
الامثال مثل ما ترك عليه بيقين فاخذ مثله العين بيقين كاخذ عينه حكما وكان عند قوله ومعنى
المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اي في غير ذوات الامثال كلها وبه صرح في المغني
وغيره فقال في المغني واما القسمة في غير ذوات الامثال فشبه المبادلة فيها راجحة لانها افراز حكما
من وجه ومن حيث الحقيقة هو مبادلة من كل وجه اما الحقيقة فظاهر واما الحكم فلان نصف
ما اخذ كل منهما ليس بمثل ما ترك على صاحبه بيقين لان المقسوم ليس من ذوات الامثال
وفيما ليس من ذوات الامثال لا يثبت المبادلة بيقين فالافراز مع يقين المبادلة استويا في الحكم
ثم ترجحت المبادلة بالحقيقة انتهى بهذا اللفظ وهذا تصريح بان المبادلة في غير ذوات الامثال راجحة
سواء كانت من جنس واحد ولم يكن اذا العقد المذكور لا يفترق بين متحد الجنس ومختلفه
ثم قال عند قوله لانها اذا كانت من جنس واحد جبر القاضي على القسمة هذا جواب السؤال مقدر
يرد على قوله ومعنى المبادلة وهو الظاهر في الحيوانات والعروض بان يقال لو كان الرجحان
للمبادلة لكان لا يجبر الابي على القسمة الا في غيره وان المثال قلنا انما يجبر لرفع الضرر عن الغرم يحبس
ليقضي الدين بهذا اللفظ فلو كان المراد من قوله المبادلة هو الظاهر بما اذا لم يكن جنسا واحدا كما صرح
هنا لم يكن لهذا السؤال والجواب معنى ثم هذا اعتراف من الشارح رح بان الراجح في غير ذوات الامثال
الذي يجبر فيها على القسمة هو معنى المبادلة فالاولى ان يقال ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع حقنا
انما جعلت تابعة تصحيحا للتصرف كما جعلت تابعة في الوقف لتصحيحه وان كان هو راجحا في نفس
وفي الوصية يجعل المعدوم كالموجود كما ظنك باعتبار المرجوح والله اعلم الثالث في قوله اما لان
عوض كما اي في مسئلة الجارية المنقولة ووجه الاشكال ان المعارضة انما تتحقق في نصف البيت
لما سبق ان ما ياخذ كل واحد منهما نصفه ملكه من الاصل ونصفه ملك صاحبه صار له من جهة صاحبه
بالقسمة فيكون نصف البيت لمن وقع في نصيبه بلا عوض وانما المعاوضة في النصف الذي ينبغي ان يكون

للموصي

للموصي له مثل ذرعان نصف البيت اذ ليس ما وقع في نصيب الموصي من عوض البيت الا مثل نصف
ذرعان ضرورة انه لا معاوضة الا في نصف البيت فقوله اما لانه اي قدر ذرعان بقيته
عوض اي عوض البيت فقوله اما لانه اي قدر ذرعان بعينه عوض اي عوض البيت ممنوع وجوابه
ان المعاوضة في النصف ثابت حقيقة لانه ملكه صار لصاحبه من جهته وفي النصف الآخر شبهة
لشبهة الملك من حيث انه كان بعرضه ان يقع في نصف الموصي وملكه الثابت في باب الوصية كالحقيقة
لانه يحتال في اثباتها لحاجة الميت اليها فاعتبرنا الوصية في الملك كان جميع ما سلم للموصي عوض بجميع ما
سلم لشريكه فينفذ الوصية في ذرعان جميع البيت لانه عوض بعض حقيقة وبعضه شبهة نعم يشكل بانه
اعتبر البيت اذا وقع في نصيب الموصي عين حقه نظرا الى معنى الافراز ثم اعتبرنا ما وقع في نصيب
الموصي من قدر ذرعان البيت اذا لم يقع البيت في نصيب عوض البيت ولا وجه لذلك لانه
ان اعتبر في هذه القسمة معنى الافراز وجب ان يجعل ما يقع في نصيب الموصي عين حقه في الوجهين
الا ان يقال اعتبر معنى الافراز فيما اذا وقع البيت في نصيب الموصي ومعنى المبادلة فيما اذا وقع في
نصيب شريكه تنفيذا للوصية التي يجب تنفيذها بالقدر الممكن ويشكل ايضا بان قدر ذرعان
البيت اذا كان عوضا يجب ان يستحق الموصى له جميع ذرعان كما كان يستحق جميع البيت اذا وقع
في نصيب الموصي ولا يستحق بل يضرب به وجوابه سيذكر الشارح رح الله تعالى وايضا ذكر في الكافي
انه اوصى جميع عبده من زيد بالف وهو قيمته واوصى برقبته لبكر ولا مال له غيره ولم يجز الوصية
بالرقبة ولا البيع اجازتم الوصية بالبيع لانه لا محاباة فيه فلبكر نصف ضربا واستحقاقا عنده
فبقيت الوصية بالثلث والوصية بالبيع وصية بالكل فيضرب الموصي بالرقبة في الثلث والموصي له
بالبيع يضرب في الثلث بالكل فصار الثلث بينهما على اربعة سهم للموصى له بالرقبة وهو ربع الثلث
وهو جزء من اثني عشر جزءا من العبد ويباع ما بقي من العبد من الموصى له بالبيع باحد عشر جزءا
من اثني عشر جزءا من العبد ويباع ما بقي من الموصى له بالبيع باحد عشر جزءا من اثني عشر جزءا من
الالف وعندهما بطلت الوصية بالرقبة فيما زاد على الثلث استحقاقا لا ضربا فبقيت الوصية
بكل الرقبة في حق الضرب فيضرب كل واحد في الثلث بالكل فصار الثلث سهمين وجميع الرقبة
ستة يعطى للموصى له بالرقبة فيما زاد على الثلث استحقاقا لا ضربا فبقيت الوصية بكل الرقبة
في حق الضرب فيضرب كل واحد في الثلث بالكل فصار الثلث سهمين وجميع الرقبة ستة
يعطى للموصى له بالرقبة نصف الثلث سهم من ستة وهو سدس العبد ويباع ما بقي من الموصى له
بالبيع بخمسة اسداس الالف ولا يكمل وصية الموصى له بالرقبة اي تمام الثلث والالف فذلك
سدس عنده وسدس عنده وسدس عندهما لان الوصية في ذلك بطلت في البيع بلا استحقاق لا يتحول
الى البدل وقت البيع بخلاف العبد الموصى به اذا قتل خطأ لان هناك لم يوجد ما يبطل الوصية
فبقيت الوصية وقت القتل فيتحول الى القيمة لفوات المحل الى الخلف وهو القيمة انتهى كلامه

وانه مشكل لان استحقاق الشريك البيت الموصى من دار مشترك بالقسمة اذا وقع في نصيب كاستحقاق
زيد الموصى ببيع العبد هذه الرقبة الموصى به لبكر واستحقاق الشريك لا يوجب بطلان الوصية ببعض
البيت فكذا استحقاقها الموصى ببيع العبد منه رقبته فاما ان يبطل الوصية بالاستحقاقين او لا يبطل
بواحد منهما فاما ان يا صحهما مع ان كلا منهما استحقاق بعوض دون الاخر فلا وجه مع ان الوصية في
مسئلة الدار في جميع ذرعان البيت اعتباري وفي مسئلة الوصية ببيع العبد حقيقي والله اعلم
قوله اولان مراد الموصى الى آخره قلت هذا ان التعليل ان ايضا يقتضيان استحقاق
جميع ذرعانه لان يلزم استحقاق ذلك للموصى له على هذا التعليل قياسا على الرواية التي جازت
في اقرار احد الشريكين يثبت بعينه قبل القسمة فان من المشايخ من قال ان البيت اذا لم يقع البيت في
نصيب يقسم على احد عشر فهو رواية بعض المشايخ وتحرير مشكل وتيسيرا يا وجه صحيح في
ذلك ويمكن ان يقال التعليلان لبيان ان للموصى له تمسكا صحيحا في استحقاق مقدار جميع ذرعان
البيت والورثة ايضا تمسك صحيح في ان حقهم في خمسة واربعين فيعتبر زعم كل ويقسم ماللموصى
على احد عشر وسيحققه الشارح رحمه الله تعالى في الرابع في قوله انه يتعين البيت اذا وقع في نصيب
جمعا بين المجاز التقدير والتمليك ووجه ان التقدير لما كان مرادا بطل اعتبار التمليك
والا يلزم بين الحقيقة بعدما صار المجاز مرادا وجوابه ان التمليك ان لم يبق مرادا فلا اقل من الشبهة
والشبهة في باب الوصية كالحقيقة فيراعي ما امكن المجانس في قوله اولانه اراد التقدير على اعتبار
احد الوجهين والتمليك يعتبر على اعتبار الوجه الآخر وذلك انه هنا جمع بين الحقيقة والمجاز دوام
انه بناء على ما اختاره المصنف رحمه الله ان الجمع بينهما جايز باختلاف المجتهد صرح بذلك فصل بان العتق على جعل
الشارح في قوله وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين
فيصير التمام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ووجه الاشكال وجوابه قد ذكرالشارح رحمه الله بعد
فان قلت ينبغي ان يقسم نصيب الموصى على خمسة اسهم سهم للموصى له واربعة للورثة لما عندهما
عندهما عشرة اذرع في حق الورثة في اربعين قلنا زعم الورثة ان حقهم في خمسة واربعين
وحق الموصى له في خمسة تمسكا بمذهب محمد رحمه الله وزعم الموصى له ان حقه في عشرة وحق الورثة في
اربعين فيعتبر زعم كل فريق في حقه فجعلنا كل خمسة سهما فصار الكل احد عشر ثم لفظه وفيه نظر
لانه لو كان زعم كل معتبرا تمسكا بمذهب لكان ينبغي ان يعتبر زعم كل من الموصى لهما فيما اذا اوصى لاحدهما
بالثلث وللآخر بجميع المال فاذا اوصى له بالكل يزعم ان حقه في نصف الثلث تمسكا بمذهب ابي حنيفة
فينبغي ان المال بينهما على خمسة اسهم ثلثة للموصى له بالكل وسهمان للموصى له بالثلث وايضا المصنف
رحمه الله جعل القسمة على عشرة اسهم عنده سهم للموصى له وتسعة للورثة وعلى احد عشر عندهما سهمان ولهم
تسعة والشارح رحمه الله جعل القسمة على عشرة عنده له سهم وسهم تسعة على خمسة عندهما سهم واربعة سهم ثم
جعل الموصى له متمسكا بمذهبهما والورثة بمذهب فاوجب على القاضي ان يعتبر زعم فيقسم على احد

عشر

عشر بان يضرب الموصى بعشرة وهم بخمسة واربعين فيكون القسمة على احد عشر بعمل القاضي من غير ان يكون
ذلك مذهبا لاحد وقد جعل ذلك في الكتاب مذهبهما والاشكال انما هو على قوله وعندهما يقسم
على احد عشر وانه لا يندفع بما ذكر الشارح رحمه الله وايضا القاضي يجب ان يعمل بمذهبه او بمذهب امامه
ولا يلزمه والحافظ على زعم المدعي والمدعى عليه وان كان القاضي على مذهبهما يجب عليه ان يقسم بقولهما
واذا كان على مذهبه يجب عليه ان يقسم زعم الفريقين مع انه يعتقد خلافه فلا وجه اليه وايضا القسمة
على احد عشر كما ذكره الشارح رحمه الله انما يجب على احد وجوهه وهو ان يتمسك الموصى له بمذهبهما والورثة
بمذهبه واذا طلب الفريقان القسمة من القاضي وهما لا يرجعان فيجب القاضي رحمه الله ان يقسم على مذهبه
وكذا مذهبهما ولا يكون القسمة على احد عشر سهما كما هو المذكور في الكتاب فالظاهر هنا فالاوجه ان يقال
ان الموصى له يدعي ان حقه في العشرة زعما منه ان اراد التقدير بالبيت نظرا الى ان الظاهر من حاله
ان يقصد وصية فائدة في كل الحالتين البيت ولا ذلك الا بالارادة التقدير وزعم الورثة ان حقهم خمسة
اذرع زعما منهم انه اراد بالبيت حقيقة لانها الاصل فيكون الوصية نافذة في نصفها فيأخذ الموصى له
عوض ذلك للنصف لما تعذر احد عشر وكلاهما يتمسك بوجه صحيح فقلنا ان الموصى له يضرب بالعشرة
زعما منه انه اراد التقدير بالبيت لا حقيقة وهم بخمسة واربعين زعما منهم انه اراد حقيقة البيت فيصير
التمام احد عشر سهمان للموصى له وتسعة للورثة هذا والكلام بعد محل نظر لان التعليل المذكور
بقوله اما لانه عوض دليل ظاهر على ان التمسك الورثة بارادة الحقيقة لا يقطع حق الموصى له في
مقدار ذرعان البيت من نصيب الموصى لانه لما كان عن جميع البيت يجب تنفيذ الوصية في الكل
الا ان يقال الوصية في التحقيق انما هي في نصف البيت على ما حققنا اما في جميعه والعوضية للعوضية
اعتبارية بنيت على احتمال وقوع البيت من نصف الموصى كما ذكرنا ولو كانت للعوضية في الكل حقيقة
لظهر حق الموصى له في الاستحقاق فلما كان اعتبارية ظهر ذلك في الضرب لا في الاستحقاق توضيحه
ان الوصية بالبيت قد صحت لاحتمال نفاذها على اعتبار وقوع البيت في نصيب الموصى فلو وقعت
في نصيب ظهرت تلك الوصية في الاستحقاق وان وقع في نصيب شريكه في قدر ذرعانه مما وقع في
الموصى ضربا لان ما وقع في نصيب الموصى ان لم يكن عوضا عن جميع البيت بالتحقيق فهو عوض
عن جميع البيت بالاعتبار كما ذكرنا وكان محلا لنفاذ تلك الوصية من وجه دون وجه فاظهرنا ذلك
في الضرب دون الاستحقاق عملا بالاعتبارين وهذا يصلح وجها مستقلا لتقدير قول ابي حنيفة رحمه الله
يقال ان الوصية بيت مشترك انما صحت على احتمال ان يظهر ملكه في كل البيت بان يقع في نصيبه بعد القسمة
اعتبارا لمعنى الافراز في هذه القسمة وان كان الراجح في قسمة العقار معنى المبادلة يتفقا في تصحيح
الوصية بالقدر الممكن وبعدما صحت الوصية باعتبار هذا الاحتمال نظرات وقع البيت في نصيب الموصى نفذت
الوصية في عينه ولا يظهر اثر صحة هذا الوصية في الضرب بان يضرب الموصى له بقدر ذرعان البيت
في نصيبه كما ان الوصية بالدراهم المرسلة التي لا يخرج من الثلث لما صحت باعتبار احتمال ان يخرج له مال

يخرج الموصى به من الثلث ظهر اثر صحتها في الضرب في الثلث كما مر فيضرب الموصى له بقدر ذرعان البيت ويضرب الورثة بنصف الدار سوى البيت لان الوصية بالبيت قد صحت في حق الموصي في كل البيت قبل القسمة لاحتمال ظهور الملك اعتبارا فصار في حقه كان البيت وقع من الابتداء وبقي المشترك ماسواه فيكون حق الورثة في نصف ماسوى البيت من الدار فيضربون بذلك فيقسم نصيبا الموصى على احد عشر سهما لابطال الوصية فانه صحت في كل البيت قبل القسمة لكنه علم بوقوع في نصيب الموصي فان محل الوصية فيجب ان يبطل الوصية لانها فان خرجت عن ملكه الاعتباري فقد اخلف مثل ذرعانه والغاية الى خلف بحلافاته

باب العتق في المرض

قوله وهذا منجز غيره مضاف وهذا مشكل لانه لو وهب لاجنبية في مرض الذي مات فيه ثم تزوجها لا يصح الهبة كما لو اوصى لها بشيء ثم تزوجها فلو كانت الهبة منجزة غير مضافة الى مابعد الموت وجب ان يصح وعذره قد مر في الكتاب بقوله والهبة وان كانت منجزة صورة الى اخره قوله لانه اقوى لانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه ذكر شمس الائمة ان هذا يصح الرجوع عنه حكما بالبيع كذا في الحاشية قلت يجوز ان يكون المعطوف هنا محذوف اي لانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وينفذ عقيب الموت من غير حاجة الى التنفيذ فلا يرد على طرده نحو هو حر بعد موتي بيوم لانه ان كان لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه ذكر شمس الائمة ان هذا يصح الرجوع عنه حكما بالبيع كذا في الحاشية قلت يجوز ان يكون المعطوف هنا محذوف اي لانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وينفذ عقيب الموت من غير حاجة الى التنفيذ فلا يرد على طرده نحو هو حر بعد موتي بيوم لانه ان كان لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي فهو لا ينفذ عقيب الموت ولا يتم بفعله بل يتوقف على تنفيذ الوارث او الوصي او القاضي فقد ذكر الامام قاضيخان والتمرتاشي ان العتق يثبت فيه تاخره عن الموت الا باثبات واحد من الوارث والوصي والقاضي لانه صار بمنزلة الوصية بالاعتاق كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر ثم قوة العتق الذي ذكر انما باعتبار انه لا يلحقه الفسخ ظاهر اما قوته باعتبار نفاذه بنفس الموت من غير توقف على شيء آخر فلان هذا العتق بجعله في معنى الدين من حيث ان رب الدين يتعلق حقه بالعتق بنفس الموت من غير توقف على شيء وكان العتق المعلق بمنزلة رب الدين فالدين يقدم على الوصية فكذا ماهو في معناه واما قوله ان حدث من ان حدث في مرضي هذا فلانه انه يحتمل الفسخ بل اليمين يبطل بالبيع باعتبار عدم محله وهذا ليس من الفسخ في شيء كما لو مات وكما لو قال ان دخلت فانت حر فباعه بطل اليمين ولم يكن ذلك فسخا للعتق كذا هنا ولو سلم فعدم احتمال الفسخ قصدا يكفي لرجحانه على سائر الوصايا التي يحتمل الفسخ قصدا فلا يعد في ذلك احتمال الفسخ ضمنا ولكن هذا ينبغي ان لا يزاحم المطلق التدبير المقيد لانه لا يحتمل الفسخ اصلا لا قصدا ولا ضمنا والمقيد يحتمله ضمنا اللهم الا ان يعتبر بالضمني قوله فاذا وجد العتق اولا وقت وهو لا يحتمل الرفع كان من ضرورة المزاحمة ويشكل على هذا ما في مسئلة ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة الى اخره ان العتق بعد وقوعه ان كان لا يحتمل الرفع من حيث الصورة فقد يحتمل من حيث المعنى بايجاب السعاية عليه

واذاكان

واذا كان العتق مما يحتمل الرفع بايجاب السعاية عليه عند وجود الاقوى منه لزم ان يرفع بوجود المحاباة ايضا من حيث المعنى وجوابه ان عدم احتمال الفسخ صورة يجبر مافيه من الضعف الموجب لتقدم المحاباة عليه والمطلوب هنا اثبات استواء العتق سعيا احتمال الفسخ معنى بايجاب السعاية قوله ولو انه وصية العتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج انها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما اذا في الذخيرة انه اوصى بالحج عنه تطوعا ومن يعتق نسمة ولم يعينها تطوعا وان يتصدق عنه بمائة على الفقراء لا باعيانهم فانه يبتدأ بما بدأ به الميت لان الموصى له في هذه الصورة واحد وهو الله تعالى لان الوصية بالحج لله تعالى وكذا الوصية بعتق نسمة لا بعينها لله تعالى لا للعبد لان الوصية للمجهول لا يصح فهو معنى قولنا فيبدأ بما بدأ الميت اذ لا وجه الى تنفيذ الوصايا كلها لضيق الوقت الثلث ولا ان يرد الثلث عليها اذا كان الموصى له واحد لانه متى ورثنا ويقضا من بعض احتمنا ان يرد ذلك بعينه ثانيا وانه لا يفيد فوجب تقديم مابدأ به بدلالة حاله لان الظاهر من حال الانسان ان يبدأ بالاهم وان اوصى بان يحج فان الوصية بالحج لله تعالى والوصية بعتق نسمة بعينها كما هي وصية للمدبر فهي وصية للعبد لان للعبد حق في العتق وقد لكن اعتبار وصية العبد لانه معلوم اذا عينه الموصي فقد اختلف الموصى له فيجب المحاصة ولا يبدأ بما بدأ لان تقديم مابدأ به الموصي ثابت بدلالة وايجاب الحق لكل واحد من الموصى لهما ثابت بالنص فلا يجوز ابطال ماثبت بالنص بدلالة الحال هذا كلامه وهو ينتقض بان الوصية بعتق عبدا لا بعينه وصية لله تعالى لا للعبد ولا يتبدل المستحق لو نفذنا الوصية في عبده يشترى باقل من مائة لان المستحق في هذه الصورة هو الله تعالى فصار كما اذا اوصى بمائة وهلك بعضها يرفع الى الباقي وجوابه ان الجهالة في الذخيرة فاحش لهم بعينه العبد ثبتت والجهالة في مسئلة الكتاب يسيرة والجهالة اليسيرة في باب الوصية لا تمنع اثرها مستحملة فيكون في حكم المتعين فيختلف المستحق عند نقصان الثمن فلا يجب تنفيذه عنه قوله وقيل هذه المسئلة بناء على اصل اخر الى اخره قلت ذكر في الذخيرة انه لو اوصى بان يحج عنه تطوعا بمائة ويشترى نسمة بعينها ويعتق عنه فانهما يتحاصان ولا يبدأ بما بدأ به الميت لان الموصى له قد الى اخرها ذكرنا سابق فلو كان العتق حقا لله تعالى وجب ان يبتدأ في المسئلة المذكورة بما بدأ به الميت كما اذا اوصى بحج وعتق نسمة لا بعينها قوله فان فداه الورثة الى اخره وفي الكافي ان اختاروا الفداء فعليهم الدية لالتزامهم وجازت الوصية لان العبد قد طهر من الجناية بالفداء كانه لم يجن فنفذت الوصية وهو مشكل على انه ان اقتل العبد المرهون فقتل خطاء يقال للمرتهن افد العبد من الجناية فاذا فداه طهر المحل وبقي الدين على حاله وان ابى ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افداه بالدية فان اختار الدفع سقط الدين لان العبد استحق لمعنى في ضمان المرتهن وكذا ان فداه لانه استخلص لنفسه بالفداء وكان الفداء على المرتهن فصار العبد كالحاصل له بعوض كانه اشتراه من ولي الجناية فلا يتم ماذكر في الرهن وجوابه ان مبنى الكفن على ما هو دار الضمان حتى اعتبر فيها الموهوم كالمتحقق والمحتمل كالمتيقن عماعرف الحاجة اليه فلان يعتبر

لايفا بها جانب الحقيقة دون الحكم اولى والعبد لا يزود عن ملك من الفليه ولا يصير مشتريا له من ولي الجناية حقيقة
وان اعتبر في الحكم كالزايد عن ملك المشتري من ولي الجناية ولو كان زايدا حقيقة غير زايد حكما لبقيت الوصية
فلان يبقى والامر بالعكس اوليا بخلاف سقوط الدين لان التلف الحقيقي والحكمي في حقه سواء والفداء يخرج
عن ملك ذي داية بدل العبد وخروج البدل عن الملك كخروج المبدل في حق لزوم الضرورة به ولو خرج
العبد عن ملك الراهن بعيبه في يد المرتهن يسقط الدين فكذا اذا خرج بدله لذلك والله اعلم قوله فعتقه
اي قضية اقتران الدين الاقرب بالعتق الا في ان يبطل اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيه
اشارة الى انه لو كان يحتمل البطلان لابطلناه فان قلت لا موجب لابطاله سوى صيانة حق الغريم
وصيانة لا يحتاج الى ابطاله لحصوله بايجاب قيمته عليه لان حق الغريم يتعلق بالمالية بالصورة الا يرى
انه لو باع المريض عبدا من تركته بمثل القيمة لا يبطل البيع وان كان مما يحتمل البطلان لان حقه متعلق بالمالية
والبيع بمثل القيمة لا يبطله اجيب بانه عتق بلا عوض يبطل حق الغريم ورد غير انه لا يمكن رده
صورة لانه لا يحتمل الفسخ ورد معنى بايجاب السعاية وايجاب السعاية مناف للعتق صيانة لحق الغريم
وليس العتق موجبا للسعاية بنفسه كالبيع يوجب الثمن حتى لا يكون ابطالا لحق الغريم بل هو بنفسه
لا يوجب الملك فيكون ملاقيا لحق الغريم بالابطال فيجب ابطاله لكن تعذر ابطاله صورة وامكن معنى بايجاب
السعاية فاما البيع فليس بمبطل حقه اصلا فافترقا والله اعلم قوله ولان الدين اسبق لانه لا مانع له
من الاستناد قلت لم يذكر في وضع المسئلة استناد الدين من الغريم الى حالة لا مانع من الاستناد
قلت لم يذكر في وضع المسئلة استناد الدين من الغريم الى حالة الصحة حيث قال وقال لي رجل لي على
ابيك الف درهم فلا وجه الاسناد الى حالة الصحة مع ان الحوادث يضاف الى اقرب الزمان وعن هذا
عدل في الكافي عما ذكر المصنف فقال ولان استناد العتق الى الصحة انما يصح اذا لم يوجد شغل الدين وقد
وجد شغل الدين الى الصحة وامكانه دون امكان استناد العتق فكان المصنف رح اقام الدليل بحزب واحد
من وضع المسئلة وهو ما اذا كان يدعي بالدين ايضا في حال الصحة وان كان الوضع اعم منه قوله
ولا يمكن استناد العتق وتعال ليس هذا من باب الاستناد لانه عبارة عن ثبوت الشيء في الحال
مستند الى زمان سابق والاقرار لا يثبت به الدين ابتداء بل يظهر به ما كان ثابتا كما يظهر الحيض باستمرار
الدم الى ثلثة ايام حتى يطلق بمجرد رؤية الدم الا اذا قال حضت فانت طالق الا انه لا يحكم بطلاقها
لا بعد علم انه حيض وذلك باستمرار الى ثلثة ايام قوله وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل
وترك ابنا الف درهم دين وقال الاخر هذا الالف الذي ترك ابوك وديعة لي عنده ابيك وقال الابن
صدقتما الالف منهما نصفان لانه لم يظهر الوديعة الا والدين ظاهر معها فيتحاصان كما لو اقر بالدين ثم بالرد
وقال الوديعة احق لانها ثبت في عين الالف والدين يثبت في الذمة اولا ثم ينتقل الى العين فكانت اسبق وكان
صاحبها احق كما لو كان المورث حيا وقال صدقتما بعدما قال قلنا الاقرار بالدين من الوارث يتناول
التركة لا الذمة فقد وقعا معا بخلاف الموت وذكر في الهداية فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء ولا

ماذكرنا

ماذكرنا ولابه ينطلق شروح الجامع الصغير وشروح المنظومة بهذا كلامه قلت انكر الشيخ صحة
ما ذكر في الهداية وبين الاختلاف على عكس ما بين فيه بعدما اتبعه في قوله وعلى هذا الخلاف
مشيرا الى الخلاف المذكور في مسئلة الدين والعتق لا يخفى ان مسئلة الدين والوديعة انما يكون على
الاختلاف المذكور في مسئلة الدين والعتق ان لو كان الوديعة اقوى عنده من الدين ويكونان سواء عندهما
كما هو المذكور في الهداية اما اذا كان الاختلاف في مسئلة الوديعة كما ذكر الشيخ رح فحينئذ لم يكن مسئلة
الوديعة على الاختلاف في مسئلة العتق على ما لا يخفى فالحكم بان مسئلة الوديعة على الخلاف المذكور في
مسئلة العتق ثم بيان الاختلاف فيها على خلاف الاختلاف المذكور في مسئلة العتق ثم بيان الاختلاف
فيها على خلاف الاختلاف المذكور في مسئلة العتق كما فعله الشيخ رح فيه لم يكن مسئلة الوديعة
على الخلاف المذكور في مسئلة العتق كما فعله الشيخ رح محتاج الى مزيد تامل وكان عليه ان لا يتبعه في قوله
وعلى هذا الخلاف او تغيير الاختلاف كما فسره صاحب الهداية ثم الشيخ رح اختار هنا ان الاقرار
بالدين يتناول التركة لا الذمة وبنى عليه وجوب التحاصي بين الدين والوديعة وجعل ذلك اصح ثم ذكر
في فصل الشهادة بعد باب الوصي وان شهد رجلان لرجلين ان لهما على الميت الف وشهد المشهود لهما
ان للشاهدين على الميت الفا جازت شهادة الفريقين وان كان كل فريق تشهد للاخر بوصية لم تجز لان
الدين يجب في الذمة ولا شركة في ذلك اصلا والاستيفاء من ثمرات الشهادة فوقعت الشهادة بغير الشاهد فيقبل
ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما لا يشاركه الاخر فيه وانما يشاركه اذا استوفى من التركة
ضرورة قضاء حتى لو كان فيها سعة لا يشاركه وهذا بخلاف الوصية لان الحق بالوصية لا يثبت في الذمة
وانما يثبت في العين فصار المال مشتركا بينهم فاورث تهمة هذا كلامه فقد اختار ثم ان الدين الثابت
على الميت بالبينة يتعلق بالذمة لا بالتركة وبنى عليه جواز شهادة كل فريق لصاحبه في الدين وفيه
تنافر ظاهر لان الدين الثابت بالاقرار او بالبينة على الميت اعتبر متعلقا بالتركة وبنى عليه جواز شهادة
كل فريق لصاحبه في الدين وفيه تنافر ظاهر لان الدين الثابت بالاقرار او بالبينة على الميت اعتبر متعلقا
بالتركة كما نص به في مسئلة دعوى الدين والوديعة لزم ان لا يقبل شهادة كل فريق للاخر بالدين على الميت
كما لا يقبل بالوصية لتعلق كل منهما اذن بالتركة لا بالذمة فيورث التهمة من ذلك التركة باب الوصية
للاقارب وغيره قوله ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهذا انما اذا لم يكن
العبد مديونا ظاهر وكذا اذا كانت مديونا بدين لان الدين المستغرق لا يمنع ثبوت ملك المولى في
اكسابه قوله ويستوي فيه الحر والعبد هذا على قوله اما عند ابي حنيفة رح فظاهر اما على قولهما فينبغي ان لا
يدخل العبد كما في الوصية للحيوان لان الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بكاره ولا انه ليس بمحارب
يجلي ايضا والله اعلم قوله فللعم نصف الوصية والنصف الاخر للخالين وفيه بحث لان لفظ الاقارب
ان تناول الاقرب فقط لزم ان لا يستحق الابعد مع الاقرب ووجود الاقرب شيئا من الوصية كما اوصى لابنه
ولمعتق واحد استحق النصف وكان النصف الاخر من ثلث ماله للورثة ولا يكون لمعتق لانه

لم يدخل تحت اللفظ فكذا ههنا لما لم يكن اللفظ متناولا الا للاقرب كان الابعد كالمعتق في عدم تناول اللفظ
واياه وان تناول الاقرب والابعد جميعا لزم ان يستويا في الاستحقاق لاستوائهما في سببه وهو الدخول في الوصية
وتناول اللفظ اياهما وليس كذلك والله اعلم قوله ومن اوصى لولد فلان في الصحاح ولد فرسه وهو يكون واحد
او جمعا ولد لذلك بالضم وسكون الوسط وقد يكون الولد بالضم جمع الولد مثل اسد واسد ولد بالكسر لغة في ولد قوله
لانه مقام النفي ولا ينافي فيه قلت هذا ميل الى المذهب المرجوح وهو ان المشترك يتناول معنييه في النفي دون
الاثبات لانه يتناول احدهما متعينا وانما يعم اذا تناول احدهما غير عين لانه وضع لكل واحد معينا لا احدهما
غير معين وايضا يشكل بان المنافاة انما هي في الارادة وانها متحقق في النفي والاثبات جميعا باب
الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة قوله وهو الظاهر ان حق الموصى اذا الى اخره فان قلت
احتمل نفاذ الوصية في كل الدار من ثلثه لا يمنع بيع الوارث فيما اذا اوصى بعين الدار فكذا اذا اوصى بمنفعتها
اجيب بان تاخير حق الورثة في بيع ما يخصهم من الدار فيما اذا اوصى بعينها ولم يجز الورثة تاخير الى
غاية معلومة وانه يجري مجرى الابطال فلا يتادى بالحق الموهوم للموصى له بابطال الحق المتحقق للورثة في البيع
بخلاف ما اذا اوصى بمنفعة الدار فان فيه تاخير حق الورثة في البيع الى وقت معلوم اما اذا كانت الوصية موقتة
فظاهر وكذا اذا كانت مؤبدة لتوقتها بموت الموصى له اذا المنافع لا تورث وتاخير الحق المحقق الى غاية معلومة
اولى من ابطال الحق الموهوم وافترقا والله اعلم قوله ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضافا الى ما بعد
الموت فلا تحكم تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فان قلت الهبة ايضا تمليك بغير بدل مع ان الموهوب
له تمليك العين الموهوبة ببدل اجيب بان الملك بلا بدل انما ينافي في التمليك بالبدل لازم فيودي الى لزوم
ما لا يلزم او عدم لزوم ما لا يلزم وكل ذلك باطل وتمليك العين بلا بدل وان كان غير لازم فهو يلزم باسباب كثيرة
هي الموهوب وكون الموهوب له زيادة الى ملك الغير وغير ذلك فلا يودي فيه الى لزوم ما لا يلزم للزومه بالانتقال
وغيره من اسباب اللزوم بخلاف تمليك المنافع فانه لا يلزم بشيء من جهات اللزوم فلو ملكها ببدل ادى الى
لزوم ما لا يلزم او بالعكس فافترقا والله اعلم قوله اما هو في وصفه غير لازم قلت بني جواز
اجارة الموصى له بالخدمة والسكنى على كون الوصية غير لازمة في نفسها وانها يشكل بما اذا تهايا في دار
واحدة ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز ولكل واحد ان يشغلها رضي
اي يطلب غلته بالاجارة شرط ذلك في العقد اولى لحدوث المنافع على ملكه فيعقد صحة الاجارة احد الشريكين
بدون لو رفع فيما يحمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة تقسم او يبطل المهاياة الا ان يجاب بان احد الشريكين
في طائفة تمليك المنافع بحكم ملك العين والمنافع المملوكة بتمليك العين اصلها اللزوم وعدم اللزوم بالعارض
كما ان الاصل في الوصية عدم اللزوم واللزوم بالعارض فكما لا يعتبر اللزوم في الوصية لا يعتبر عدمه في المهاياة
تنزيلا للعارض منزلة العدم قوله وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها قلت قد ذكر هو قبل
في مسئلة من اوصى بامة الا حملها ان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا وانما يستحق بالاطلاق تبعا وهذا ينافي
ظاهر كما في الحرمن يتامل وجوابه ان الولد جزء الجارية من حيث انه يتصل عنها بالمقراض ويتغذى بغذائها

ويتنفس

ويتنفس وتنفس على حدة من حيث انه حيوان اخر حي بحيوة اخرى فمن حيث انه جزء يتناولها لفظ الجارية قصدا
ويعتق باعتاق مقصود حتى لا يحول ولاؤه الى الاب ومن حيث انه نفس لا يتناولها لفظ الجارية قصدا
ولانه كون زكوة امه زكوة له فباعتبار انه نفس على حدة لا يتناولها لفظ الجارية قصدا وباعتبار انه جزء يقال
لها اسم الجارية يتناولها وما في بطنها قوله بخلاف الميراث لانه خلافة قلت قد تقدم ان الوصية
استخلاف وان الموصى له خليفة للموصي كالوارث لمورثه باب الوصي وما يملكه قوله
فله ان يقبل فان قلت ما الفرق بين هذا وهو انه جعله وصيا يشترط القبول حال حيوة الموصي في حكمه
وبين ما اذا الرجل بثلث ماله حيث لا يعتبر بقوله في حيوة الموصي حتى لو قبل في حيوته ثم رده بعد وفاته صح
رده بخلاف الموصي فانه لو قبل في حيوة الموصي ثم رده بعد وفاته لا يصح مع ان كلام الوصيين مضافة الى ما
بعد وفاته لا يصح مع ان كلام الوصيين مضافة الى ما بعد الموت قلت ان الايصاء الى الغير توكيل مضاف
الى ما بعد الموت واضافة الوكالات الى المستقبل جائزة قياسا واستحسانا واما الوصية بالمال فتمليك مضاف
الى ما بعد الموت والتمليك المضاف مما يأباه القياس واذا صح الايصاء اليه للحال مضافا الى ما بعد الموت صح
القبول في الحال ايضا فاما تمليك المال المضاف باطل بعينه باطلا للحال فصار وجوده كعدمه فلم يصح القبول للحال
ولان الوصية اليه استخلاف به في الولاية واثبات ولاية التصرف للغير مع قيام ولاية المتصرف جائز فصح القبول
والرد في الحال لقيام ولايته واما الوصية له فاستخلاف في نفس الملك والحكم يثبت بعد الموت فان ثبوت ملك
الموصى مع قيام الملك للموصي لا يتصور فيعتبر القبول والرد حال ثبوت الملك وهو بعد الموت ولان المقصود
في جعله وصيا توفير المنفعة على الموصي ودفع الضرر وبعد ما قبل الوصي لو جاز الرد بعد الموت لتضرر به الموصي
لانه ترك الايصاء الى غيره اعتمادا على قبوله ثم لو صح رده في غير وجهه يصير الموصي له بالعقود
كالغار والغرور حرام والضرر مدفوع بخلاف الوصية بالمال لان المقصود توفير المنفعة على الموصى له وليس
في رده ضرر وغرور في حق الموصي لانه لا يضيع ماله بل يصير الى ورثته وذلك حق للموصي شرعا وهذا
الفرق والثلثه مستفاد من الذخيرة والايضاح والمبسوط على الترتيب كذا في الشرح وفيه نظر اما في
الواجب الاول فلان ايجاب الطلاق بالمال والمضاف الى المستقبل بان يقول انت طالق غدا على الف
درهم ايضا على توقف القياس كالتوكيل المضاف ثم الايصاء للرجل بالمال لا يفترق مع الايجاب المضاف
في الطلاق بالمال من حيث ان القبول في كل منهما يعتبر بعد تحقق الوقت الذي اضيف الايجاب لا قبله ولو كان
الافتراق بين الايصاء قوله بالمال والايصاء اليه بناء على ان الايصاء له على خلاف القياس والايصاء اليه
على وفق الافتراق الايصاء له مع ايجاب الطلاق المضاف وانهما لا يفترقان اذا المعتبر في كل منهما القبول والرد
بعد وجود الوقت الذي اضيف اليه الايجاب لا قبله كما نص به في الكافي وليس فليس واما في الثالث فلانه
هذا الوجه ان كان يوجب الافتراق بين الايصاء له والايصاء اليه في انه لو قبل في الايصاء اليه قبل الموت
ورد بعده لم وفي الايصاء له يصح لكنه لا يوجب الافتراق بينهما في ان القبول قبل الموت في الايصاء اليه
صحيح حتى لا يحتاج الى قبول اخر بعد الموت وفي الايصاء له لا يصح حتى لو اكتفى بذلك القبول بعد الموت لا يصح

بل لابد من قبول آخر ليملك المال وذلك ظاهر والمقصود انما هو هذا الفرق وبهذا الوجه لا توجيه قوله
فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء رد لانه متبرع في التصرف
فلا يلزم ذلك بدون قبوله كالوصال ولا غرور هنا في رده اي انما الموصي هو الذي اغتر حيث
لم يتعرف عن حاله انه يقبل الوصية ام لا فان قلت هذا التصريح بان الايصاء يرتد بالرد بعد
الموت اذا لم يكن الموصي قد قبله حال حيوته وقد صرح بعد هذا باسطر انه اذا مات الموصي وهو
يقبل ولم يرد في حيوته فقال موته لا قبله لا يبطله الايصاء بمجرد قوله لا اقبل لان في ابطاله
ضررا بالميت والضرر واجب الدفع اجيب بان معنى قوله هو بالخيار انه مخير ان شاء قبل
فيلزم التصرف وان شاء لم يقبل فلا يلزمه التصرف وليس معناه اذا لم يقبل بطل الايصاء حتى
لو قبل بعده لم يصر وصيا فلا تناقض قوله وضرر الموصي مجبور بالثواب وفيه بحث اما اولا
فلما عرف من امتناع ابتناء الحكم الدنيوي على الاخروي والثواب حكم اخروي فلا يجوز ابتناء
حكم دنيوي وهو الايصاء عليه واما ثانيا فلان الوصي انما يتضرر بلزوم التصرف وهو لا يلزم
قبل القبول لما مر انه متبرع في تصرفه فلا يلزم ذلك بدون قبوله ونحن انما يعنينا الايصاء مع
لا اقبل بمعنى انه لو قبل بعده يصير وصيا لا بمعنى انه يلزمه التصرف قبل او رد فاذا لم يلزم
التصرف قبل القبول لم يتضرر اصلا فلا معنى لقوله وضرر الوصي الى آخره اللهم الا ان يجعل ذلك
جوابا على تقدير التسليم اي لو سلم انه متضرر فهو مجبور بالثواب ولكنه يأباه قوله فيما بعد فيندفع
الضرر من الجانبين فانه يشعر بتحقق الضرر على تقدير بقاء الايصاء فالاولى ان يقال ان الوصي
وان كان لا يتضرر قبل التصرف لعدم لزومه فهو يتضرر بعد ان اتفق التصرف منه حيث يلزمه حقوق
التصرف وفي لزومها ضرر ظاهر فضرره متوهم وضرر الموصي على تقدير رد الايصاء ايضا متوهم لان تنفيذ
لاحتمال ان يوصي القاضي الى احد بعد موته فالضرر في الجانبين لكن الضرر المتوهم للوصي مجبور بالثواب
والضرر المتوهم للموصي ليس بمجبور به ولا يتضرر الا به فيحمل برفع الاعلى قوله والمراد بالتقاضي الاقتضاء
وكذا كان المراد في غرورهم هذا بناء على ما مر في الوكالة من قوله ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض
على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على انه لا
يملك هذا لفظه وانه يدل على ان التقاضي وضعا هو الاقتضاء اي القبض عرفا انه في العرف بمعنى
الطلب وذكر هنا انه بالعرف بمعنى الاقتضاء اي القبض عرفا انه في العرف بمعنى الطلب وذكرها
انه بالعرف بمعنى الاقتضاء وكانه اراد بقوله كما كان المراد منه في عرفهم انه كان التعارف استعماله
في معنى الاقتضاء الذي هو المعنى الوضعي لكنه تبدل العرف اليوم فيذكر ويراد به الطالب فصح ان يذكر
التقاضي ويراد به الاقتضاء نظرا الى انه كان متعارفا فلا يملك للوكيل بالتقاضي القبض نظرا الى
انه صار في العرف بمعنى الطالب والله اعلم قوله ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول يصير الوصية
ميراثا لورثته فيه اشارة الى ان القاضي ان يقسم التركة ويقبض ملك الوصية عن الموصى له الغائب.

وان كان

وان كان الموصى له لم يقبل الوصية بعد ولكنه يشكل بان القبول شرط لملك الموصى له الا اذا مات من غير قبول
على ما مر فاذا لم يملك قبوله قبل القبول كيف يصح قاسما القاضي مع الورثة عن الموصى له والقسمة يبتني على الملك
قوله قال ابو يوسف ومحمد رح وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب
وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما كان مادة الحفظ
فكذا وصيهم وفيه اشكال اما اولا فلما مر في النفقات من قوله واذا باع ابوه متاع الابن
الكبير الغائب في نفقته جاز عند ابي حنيفة رح الى ان قال ولابي حنيفة ان للاب ولاية الحفظ في مال
الغائب الا يرى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار
لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف حالة الصغر ولا في
الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء هذا كلامه وانه
تنصيص بان غير الاب من الاقارب لا يملك الحفظ مال الكبير الغائب ولا بيع منقوله وهنا صرح بان
وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام والعم اذا كان وصي
هؤلاء كوصي الاب في الكبير الغائب بان كان مالكا للحفظ وبيع منقوله فهؤلاء يكونون بالاب في حفظ مال
الغائب الكبير وبيع منقوله بالضرورة سلمنا ان قوله وكذا وصي الام ووصي العم يحتمل احتمالا اعنى ظاهرا ان ينصرف
الى الصغير اي وكذا وصي الام والعم في مال الصغير ولكن قوله وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب نص صريح
يخالف المذكور في النفقة من قوله بخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم في الحفظ بعد الكبر نعم ما
ذكر في النفقات فهو مذكور في وجه ابو حنيفة رض وما ذكر مما يخالف ذكره في القول ابي يوسف ومحمد رح
وجاز ان يكون لا يكون لغير الاب من الاقارب ولاية الحفظ في مال الكبير الغائب عنده يكون لهم ذلك عندهما
ولكن اثبات ولاية الحفظ في مال الغائب الكبير هؤلاء يوجب التسوية بعد الكبر بين من باشر التصرف في ماله في حالة
الصغر وهو الاب وبين من لا يليه وانه بعيد بل يجب ان يبقى بعد الكبر ولاية الحفظ لمن كان له ولاية الحفظ
والتصرف في الصغر ويبطل الولاية لمن كان له الحفظ والتصرف ليظهر انحطاط رتبته من هو احط رتبة
بينهما فيأباه المعقول واما ثانيا فلانه اشار بقوله وهذا الجواب في تركة هؤلاء الى ان وصي هؤلاء انما
يملك الحفظ فيه ايضا وهكذا ذكر في الفصول ولكن تعليل بقوله لان قائم مقامهم وهم يملكون ما كان
من باب الحفظ فيه وصيهم يشعر بان لوصيهم ولاية حفظ مال وارثهم مطلقا لظهور ان هؤلاء انما يكون حفظ
المال الموروث من غيرهم والا فلا معنى لحفظ المال الموروث من قبلهم لتعذر الحفظ من الميت ولو كان ملك
الحفظ لوصيهم مستفادا لهم الحفظ لزم ان يكون له ولاية الحفظ في مال موروث من قبل غيرهم ايضا
لان ولاية الحفظ كانت ثابتة لهم في ذلك المال قوله والوصي احق بمال الصغير من احد قلت
هذا كان للوصي ولاية كاملة وقت الايصاء واما اذا لم يكن له ولاية كاملة وقت الايصاء فالجد احق من الوصي
صرح بهذا في الكافي حيث قال ابن رستم ولدت ولدا فادعياه معا وقضي بهما فنفقت الام
وماتت وتركت مالا واوصت الى رجل فالولاية على ولدها وماله لابويه دون وصيها وان مات الابوان

ووصـ

اوغابا فلوصيهما ولاية الحفظ وبيع ما ينقل فان مات احدهما عن وصي فولاية التصرف والحفظ للباقي من الابوين
لانه تعين ابا فان غاب الاب الباقي فحفظ تركة الام لوصيها وحفظ تركة الاب لوصيه فان مات هذا عن وصي
فوصيه احق من وصيها ومن ابنه وكذا وصي وصيه احق من جميع ما ذكرنا فان مات الاب الباقي بلا ايصاء وله
وللاول اب ووصي فالولاية للجدين واب الاول احق من وصيه لان الوصي انما يتقدم على الجد ان كان للموصي
ولاية كاملة وقت الايصاء والاب الاول لم يكن له ذلك وقت الايصاء بخلاف وصي الاب الباقي حيث
يتقدم على الجد لان للموصي ولاية كاملة وقت الايصاء هذا كلامه وهو نقض بما ذكرنا **قوله** ولنا
ان الايصاء ينقل ولاية الاب اليه فكانت ولاية قائمة معنى فيتقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختيار
الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه ابين من تصرف ابنه قلت هذا الوجه يقتضي ان يتقدم وصي
الاب على الجد مطلقا اي سواء كان للموصي ولاية كاملة وقت الايصاء او لم يكن وكذا المسئلة بخلافه على ما
ذكرنا **قوله** ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية
اخته وفيه بحث لان الوصية لا تبنى على الولاية حتى لا تمتنع بتباين الدارين الا يرى ان الوصية للعبد
والكافر صحيح ولا يجري الارث هناك وجوابه ان الوصية تشبه الهبة والارث من حيث انه تمليك وتملك
والعبد والكافر الذمي اهل للتمليك فيصح الوصية في حقهم اعتبارا لجهة التمليك بخلاف الحربي فانه ميت
في حقنا والميت لا يصلح محلا للتمليك وهو ظاهر ولا للاستخلاف لعدم الولاية بتباين الدارين والله
اعلم **فصل في احكامه قوله** لانه يباح للمملوكة النظر رجلا كان او امراة
وهذا التعليل وان كان صحيحا في حق الرجل فهو فاسد في حق المراة لان الامة لا يباح لها النظر الى مواضع
العورة من سيدها مطلقا ذكره في اسنى المبسوط ان للامة ان تنظر الى مولاها كالاجنبي فعلم
بهذا انه لا تاثير للملك في اباحة النظر الى سيدها فالاولى في التعليل ما ذكره في الذخيرة فقال لانه متى
اشترى الولي جارية للخنثى فانه يملكها الخنثى ثم ان كان الخنثى ذكرا فهذا نظر مملوكة الى مالكها وان
كان انثى فانه نظر الجنس الى الجنس فانه لا حال التعذر فعلم بهذا ان شراء الجارية على تقدير ان يكون
الخنثى انثى باعتبار ان نظر الجنس الى الجنس احق لان للملك تاثيرا في اباحة النظر كذا في النز قلت
الملك ان كان لا يؤثر في اباحة النظر الى سيدتها فلا شك كونها امراة مملوكة للخنثى سبب النظر اليه عند
الحاجة لانه ان كان ذكرا فنظر المملوكة الى مالكها والا فهذا نظر المراة الى المراة ونظر الجنس الى الجنس
يباح عند الضرورة فهذا هو المراد بتعليل المصنف وحاصله يرجع الى ما ذكر في الذخيرة فتامل **قوله**
وان ينكشف قدام الرجال او قدام النساء اذا كان مراهقا حتى يستبين امره لتوهم ان يكون امراة
والمراة عورة مستورة قال الش رح هذه المسئلة يدل على ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى ذوات
محارمه لا كنظر الرجل الى الرجال لانه لو كان كنظر الرجال الى الرجال لجاز للخنثى التكشف للنساء
فانه ليس المراة من التكشف ابدا مواضع العورة لان ذلك لا يحل لغيره ايضا ولكن المراة
ان يكون في ازار واحد وفي هذا الفصل اي نظر المراة الى المراة روايتان حاصلهما في ازار

واحد

واحد وفي هذا الفصل اي نظر المراة الى المراة روايتان بينهما في الاستحسان كذا في الشرح قلت
لا دلالة لهذه المسئلة على ذلك لجواز ان يكون حرمة التكشف قدام النساء باعتبار ان الخنثى يحتمل ان
يكون ذكرا ولا يجوز بين ايدي النساء لان نظر المراة الى الرجل الاجنبي كنظر الرجل الى محارمه
على رواية كتاب الخنثى من الاصل لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ ولهذا لا يحل للمراة عند
الرجل الاجنبي بعد موته ويحل للرجال ذلك نعم نظر المراة الى الرجل لو كان كنظر الرجل الى الرجل
باتفاق الروايات لكانت المسئلة دليلا على ذلك لانه لم يكن لكراهته حينئذ وجه سوى حرمة
التكشف للمراة بين يدي المراة فلا جرم تدل المسئلة عليه وليس الامر كذلك **قوله** الا يرى
انه لو شهدوا بمطلق القتل واقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد فان قلت هذا
يخالف ما مر في فصل الشهادة على القتل حيث قال شهدوا وقالوا لا ندري باي شيء قتله ففيه
الدية استحسانا والقياس ان لا يقبل لان القتل يختلف باختلاف الالة فيجهل المشهود به وجه
الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلقا والمطلق ليس بمجمل فيثبت اقل موجبه وهو الدية اجيب
بان المراد بالمطلق هنا هو المطلق عن قيد العمدية اي شهدوا ولم يتعرضوا الصفة مثل
العمدية والخطائية بقرينة **قوله** وان لم يوجد والعمد اي ذكر التعمد والاطلاق عن قيد
العمدية لا ينافي وجوب القصاص المراد في فصل الشهادة هو المطلق عن ذكر الالة فانه لو اطلق
ولم يذكر الالة بان شهدوا بالقتل ولم يشهدوا باي شيء قتله لم يجب القصاص والدليل عليه ما ذكر
في فصل الشهادة حيث قال واذا شهدوا انه ضربه ولم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود
اذا كان عمدا وتاويله انه شهدوا بشيء جارح فعلم ان ذكر الالة شرط ولو اطلق عنها لا يجب القود
وذكر الش رح عند **قوله** وتاويله فقال فان قيل فانهم فان شهدوا بشيء جارح
ولكن الضرب قد يكون خطاء فكيف يثبت القود مع انهم لم يشهدوا انه كان متعمدا قلنا
لما شهدوا انه كان مستولا قلنا لما شهدوا انه ضربه وانما يشهدون بالسلاح فقد شهدوا انه قصد
ضربه بالسلاح لانه لو كان مخطيا لا يحل لهم ان يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون انه قصد ضرب
غيره بالسلاح هذا كلامه وهو يدل على الاطلاق عن ذكر التعمد لا ينافي وجوب القصاص وبين
لك معنى الفرق بين الاطلاق عن ذكر الالة والاطلاق عن وصف العمدية وتوضيحه ان الشهادة على
القتل بالسلاح شهادة على انه قتله عمدا لما دل على السلاح والشهادة على القتل العمد من غير ذكر
الالة ليس ذكر الالة ليس بشهادة على القتل بالسلاح ثم اعترض على الجواب عما ذكره الش رح
من السؤال والجواب قلت هذا الاعتراض غير مستوجب اذ ليس المراد بقوله
اذا كان عمدا هو ان يذكر الشهود وصف العمدية بان يقول انه قتله عمدا اذ ان ذكر العمدية
ليس بشرط كما صرح به هنا بل المراد به هو ان يثبت العمدية بشهادتهم بان وصفوا
القتل بوصف العمدية او ذكروه مطلقا واياما يثبت القتل العمد بشهادتهم وبهذا يسقط ايضا

ما قبل الابري الي آخره بنافض قوله لان القصاص فيه معني العوضية لانه شرع جابرا
فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد فان قلت هذا يخالف
ما اشتهر من القول بان الحدود والقصاص لا يثبتان مع الشبهات قلت قد فرغنا سمعك
بجواب هذا الاشكال في باب الشهادة علي الشهادة ولا علينا ان نعيد بذكره فنقول
القصاص يتضمن حقين حق العبد وحق الشرع فحق العبد يقتضي ان يثبت مع الشبهة
سواء كانت الشبهة بالنظر الي نفسه الحجة كشهادة النساء والشهادة علي الشهادة او بالنظر
الي البيان كالشهادة بمطلق القتل فان فيها شبهة باعتبار ترك الاستفسار في
البيان وحق الشرع يقتضي ان لا يثبت مع الشبهة اي شبهة ما كانت فقلنا
بانه لا يثبت بشبهة ثابتة في نفس الحجة من حيث انها اعتبار اعتبار
الحق الشرع ويثبت بشبهة تكون بالنظر الي البيان الي البيان
اعتبارا لحق العبد ووجه العكس فرضناه ولو فرغ
ولو فرغ الا طالم يحل الغم باعادة لو تاما
تاما ولنختم الكلام في هذا حامدا
ومصليا والله اعلم
بالصواب تمت

تم تم



